

r e v i s t a

Direitos Humanos

Artigos

Publicação do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares | GAJOP

01
março | 2008

:: Carlos Eduardo de Vasconcelos

:: Flavia Piovesan

:: Jayme Benvenuto Lima Jr

:: Luciano Oliveira

:: Luís Emanuel Barbosa da Cunha

:: Marisa Viegas e Silva

:: Paulo Cesar Carbonari

:: Renata Ribeiro Rolim





Revista Direitos Humanos | Gajop Artigos

nº 01 | março de 2008

É uma publicação do Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares.

Rua do Sossego 432 Boa Vista | Recife PE

Fone [81] 3092-5252

gajopdh@uol.com.br | www.gajop.com.br

Programação visual

Clara Negreiros

Foto da capa

Shlomit Wolf

Tiragem

500 exemplares

Coordenação Colegiada

Valdênia Brito

Jayme Benvenuto

Célia Rique

Marcelo Agra

O Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – Gajop é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, criada em 1981, no Recife, Pernambuco, Brasil. Tem como missão institucional contribuir para a democratização e o fortalecimento da Sociedade e do Estado na perspectiva da vivência da cidadania plena.

Organização da Revista

Valdênia Brito Monteiro

Supervisão Editorial

Cristhiane Cordeiro Cruz

Valdênia Brito

© Gajop 2008

É permitida a reprodução, desde que obrigatoriamente citada a fonte.

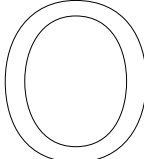
Reproduções para fins comerciais são rigorosamente proibidas.

Sumário

Apresentação	
<i>Valdênia Brito Monteiro</i>	5
Direitos Humanos: contemporaneidade e desafios	
<i>Luciano Oliveira</i>	7
A difícil construção dos Direitos Humanos: breve retomada histórica e desafios atuais	
<i>Paulo César Carbonari</i>	11
Ética, Direitos Humanos e Mediação de Conflitos	
<i>Carlos Eduardo de Vasconcelos</i>	23
Implementação das Obrigações, Standards e Parâmetros Internacionais de Direitos Humanos no âmbito Intra-governamental e Federativo	
<i>Flavia Piovesan</i>	29
O primeiro ano de funcionamento do Novo Conselho de Direitos Humanos da ONU: promessas cumpridas?	
<i>Marisa Viegas e Silva</i>	37
O Direito Penal Internacional e o Tribunal Penal Internacional no contexto dos Direitos Humanos no início do século XXI	
<i>Luiz Emanuel Barbosa da Cunha</i>	49
O caso Mayagna Awas Tingni <i>contra</i> a Nicarágua perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: demanda pela demarcação de terras ancestrais indígenas	
<i>Jayme Benvenuto Lima Jr.</i>	57
Gênero, Direito e Esfera Pública: condições de efetividade da Lei Maria da Penha	
<i>Renata Ribeiro Rolim</i>	69

Apresentação

Valdênia Brito Monteiro¹

s conflitos armados que provocaram, direta ou indiretamente, a morte de 191 milhões de pessoas, das quais mais da metade eram civis, (de acordo com dados da Organização Mundial de Saúde – OMS) marcaram a história do século XX, e legaram ao início deste século a herança de um quadro de crises, turbulências e ameaças.

O início foi assinalado pela “imperialização global” da economia, tecnologização das relações micro-sociais e do trabalho, planetarização do poder de algumas empresas, desastres ecológicos, desflorestamento, neofascismo, apartheid social, execuções sumárias, tortura, terrorismo, fome, trabalho escravo, problema dos refugiados, ditaduras, intolerância religiosa, massacres em vários países entre outros. Este é um breve panorama mundial, caracterizado por grandes desafios e paradoxos para quem trabalha com Direitos Humanos.

Num mundo com problemas de reconhecimento e aceitação do outro, a gramática de Direitos encontra dificuldades de efetivação. Sobre o tema, assevera Boaventura Souza Santos com muita propriedade, que “os Direitos Humanos vivem eternos paradoxos. Problemas complexos com soluções frágeis, mas de crenças das possibilidades de mudanças, mesmo que pequenas na era da globalização”.

Diante desta conjuntura, apresentamos a edição desta Revista, tendo como tema “Direitos Humanos: Desafios do Século XXI”. O objetivo é estimular o debate necessário frente a este cenário de luta permanente pela afirmação de direitos. Os artigos assinados por Paulo César Carbonari, Luciano Oliveira, Luiz Emmanoel da Cunha, Marisa Viégas e Silva, Flávia Piovesan, Carlos Eduardo Vasconcelos, Renata Ribeiro Rolim e Jayme Benvenuto expressam o compromisso teórico e político dos autores, traduzidos aqui como pensamento crítico sobre a temática e revelando suas crenças na possibilidade de um mundo melhor.

1. Valdênia Brito Monteiro é advogada e membro Da coordenação colegiada do Gajop

Direitos Humanos: Contemporaneidade e Desafios*

Luciano Oliveira¹

Sempre gosto de lembrar que toda forma de conhecimento é, ao mesmo tempo, uma forma de empobrecimento da realidade. Parafrazeando de memória uma observação que certa vez li em Boaventura Santos, toda fala é, ao mesmo tempo, silêncio, na medida em que dizer algo é, no mesmo ato, calar sobre outras coisas que poderiam igualmente ser ditas. Assim, vou logo me adiantando às críticas, naturais e legítimas, de que minha fala é simplificador, de que chego a ser unilateral e de que estou esquecendo isso e aquilo. Mas, como não há outro jeito, corro o risco.

Dentre as inúmeras possibilidades de abordagem dos desafios enfrentados pelos direitos humanos nesse início de novo século, escolhi a que me parece mais próxima da vocação do Gajop, quer pela sua origem, quer pela imagem que dele mais se tem. Refiro-me ao velho – mas espero que não eterno – problema das violações de direitos humanos perpetradas pelos aparelhos de segurança no Brasil. Minha reflexão, entretanto, pretende fugir das habituais denúncias. E já que estamos num evento comemorativo de um jubileu, começemos por voltar a vinte e cinco anos atrás.

Era no tempo do general Figueiredo. Tempo da abertura, continuação da distensão do presidente Geisel, quando o tema dos direitos humanos deixa o pequeno círculo de religiosos e advogados encarregados da defesa dos presos políticos e adentra a esfera pública. A morte tétrica e trágica de Herzog anos antes, em outubro de 1975, foi, nesse sentido, um marco histórico da maior importância. Uma canção gravada por Gilberto Gil, Não chores mais, um dos grandes sucessos daqueles anos de mudança de década e de regime, exprimia o sentimento geral do país frente ao doloroso problema dos torturados, mortos e desaparecidos. Emocionante, ela lembrava os “amigos presos / amigos sumindo assim / pra nunca mais”. Realista, recomendava: “tais recordações / retratos do mal em si / melhor é deixar pra trás”. E, esperançosa, concluía: “mas se Deus quiser / tudo, tudo vai dar pé-é / tudo, tudo, tudo vai dar pé-é...”. Só que, como infelizmente sabemos todos, não foi bem isso o que aconteceu.

Ocorre que nesse cenário de acenos e esperanças, onde era legítimo esperar que o país, finalmente, ingressasse numa fase nova de respeito aos direitos e garantias individuais mais elementares, o tema dos direitos humanos, depois de uma fulgurante e bem sucedida aparição no cenário polí-

tico brasileiro, chega ao início do século XXI carregando consigo o incômodo rótulo de “privilégios de bandidos”, para usar a conhecida expressão posta em voga por Teresa Caldeira.² O rótulo, é verdade, foi-lhe colado pela mídia sensacionalista e por políticos populistas da nossa direita mais truculenta, mas foi bem aceito pelo senso comum de uma boa parte – quiçá da maior parte – da nossa população. A questão é: por quê?

Houve um tempo, não tão longínquo assim, em que circulava no imaginário dos defensores dos direitos humanos no Brasil, e com sobras de razão, a visão – correta, mas maniqueísta – de um estado violador desses direitos de um lado, e de uma sociedade civil acuada, de outro. Permitindo-me um segundo devaneio pela nossa melhor e mais significativa música popular, lembro que nos negros anos da ditadura Chico Buarque escreveu uma canção, *Acorda, Amor!*, na qual, fazendo uma alusão aos desaparecimentos de pessoas na mão da polícia política, clamava numa inversão poética genial: “chame o ladrão / chame o ladrão”... Pois bem: o ladrão chegou. O ladrão, o assaltante, o estupra-dor, o traficante, o seqüestrador... A lista é grande.

Daí o problema com que nos defrontamos: uma consciência de cidadania e uma militância pelos direitos humanos exercendo-se em condições que são, objetivamente falando, duramente adversas. Não que a hostilidade de uma boa parte da opinião pública a esses militantes seja uma simples consequência da violência em seus níveis atuais. Longe disso, ela lhe antecede. Começou no instante em que os seus militantes, a partir do momento em que já não havia prisioneiros políticos a defender, voltaram a sua atenção para os presos comuns, tradicionalmente tratados no Brasil com absoluto desprezo pelos seus direitos humanos mais elementares.

Criminosos verdadeiros ou meros “suspeitos”, assim identificados pelos estereótipos de sempre numa sociedade injusta e discriminatória como a nossa, esses presos comuns partilhavam – partilham ainda – o mesmo fardo de serem pessoas de condição sócio-econômica desfavorável. Esse componente classista, inegavelmente presente nas práticas repressivas das nossas forças policiais desde sempre, levou os seus críticos a enfatizar tal aspecto, levando-os, por conseguinte, a um nível explicativo situado nas profundezas da nossa formação histórico-social, dentro da qual os “desclassificados” que saíam da linha sempre foram tratados na base da repressão física mais escancarada.

Adianto, para evitar mal-entendidos, que também subcrevo essas e outras percepções semelhantes sobre o problema da violação dos direitos humanos das classes popu-

lares brasileiras. Gostaria apenas, situando-me num nível menos estrutural – que, aliás, não exclui o outro –, de introduzir nesta reflexão uma razão mais comezinha para também explicar a hostilidade atual ao tema dos direitos humanos no Brasil: o crescimento impressionante – no limite, insuportável – dos níveis de criminalidade violenta no país nos últimos anos.

É tendo em vista essa realidade – onde a violência ou sua ameaça integrou-se à vida cotidiana de todo mundo – que gostaria de explorar como hipótese de trabalho a perspectiva de que, sem nenhum rompante retórico, estamos diante de um verdadeiro problema civilizacional. Esclareço logo que não se trata, com isso, de cair e, pior, recomendar o mais desolador desespero; ou propor, numa fórmula mágica, a solução para o problema da violência no Brasil, ainda que um dos pressupostos que me anima (no duplo sentido do termo...) seja o de que a violência brasileira, como outras experiências históricas demonstram ser possível, possa um dia ser conduzida a níveis, por assim dizer, “normais”, para falar como Durkheim, um dos fundadores da sociologia. Trata-se, antes, de trazer ao campo de discussão um *approach* não muito simpático entre nós. O que quero dizer com isso?

Antes de ensaiar uma resposta, gostaria de lembrar – mesmo se toda analogia é, por princípio, “imperfeita” – que já houve experiências históricas análogas às que estamos passando. Refiro-me especificamente – aludindo a uma região do mundo que nos é culturalmente muito cara – ao fenômeno da violência na Europa nos albores da modernidade, e de sua redução na época moderna, de que o livro *História da Violência*, do francês Jean-Claude Chesnais³, é um bom exemplo. Em resumo, e simplificando bastante, o que nos diz Chesnais? Que os baixos índices de violência e criminalidade experimentados pelos países ricos do hemisfério norte europeu são um fenômeno que data apenas dos dois últimos séculos. Antes disso, a violência como modo de resolução de conflitos constituía um código normal de conduta, e a criminalidade dos salteadores de estrada, entre outras, assombrava os viajantes.

Era, assim, preciso deter o crescimento bruto da vadiagem e da delinqüência, subprodutos da desagregação dos equilíbrios tradicionais gerada pela industrialização nascente com sua brutal “acumulação primitiva”, como diria Marx, e pela urbanização intensa. Hoje, falaríamos em globalização. Naquela época e naquele contexto, o que aconteceu? Muitas coisas, tanto no plano institucional quanto no plano econômico propriamente dito. Exemplos retirados da literatura sobre o assunto incluem tanto um enquadramento mais efetivo da população pobre pela via do trabalho e da escola, quanto uma reformulação dos aparelhos

de justiça, inclusive policiais, tornando-os mais efetivos e eficazes. Mas, também, menos sanguinários, ainda que implacáveis e bastante duros. Basta lembrar, nesse sentido, a figura de Jean Valjean, o célebre personagem de *Os Miseráveis*, de Victor Hugo, condenado a vida inteira à perseguição do odioso Inspetor Javert pelo roubo de pão para matar a fome da família.

Tudo isso nos remete, obviamente, a um outro autor, Michel Foucault, cujos leitores, no Brasil, são legião. E legião, a meu ver, excessivamente passiva! Por que a provocação? Porque creio ser instrutivo ler atentamente e levar a sério uma hipótese formulada – com outras intenções, é verdade – por Michel Foucault no seu clássico e hipercitado *Vigiar e Punir*. A hipótese é a seguinte: “As ‘Luzes’, que descobriram as liberdades, inventaram também as disciplinas”, com isso querendo dizer que “as disciplinas reais e corporais constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas”.⁴ Na leitura que faço dessa formulação, isso quer dizer que, subterraneamente ao gozo dos direitos civis e políticos, e tornando-os possíveis, funcionaram os famosos “dispositivos disciplinares”, a saber: a escola, a fábrica, o hospital, o exército e as prisões.

Foucault não diz, no fundo, algo diverso do que dizem outros autores. A “sociedade disciplinar”, como ele a chamou, pode ser considerada uma outra maneira de ver o que Chesnais analisou em termos de “apaziguamento” da sociedade. Outra maneira na medida em que, enquanto este último vê esse processo como algo positivo, Foucault, mais pela ironia do que propriamente pela denúncia explícita – que ele, como fino escritor, reservava para sua militância –, promove uma das mais corrosivas críticas desse tipo de sociedade, em cujo projeto ele via, essencialmente, a produção de trabalhadores dóceis. Ora, insinua-se aqui um curioso paradoxo. Foucault é, resolutamente, um crítico do que ele chama de “sociedade disciplinar”. E nós, no Brasil, somos leitores muito admirativos de Foucault. Logo, somos também críticos desse tipo de sociedade. Mas: e se foi ela que permitiu a fruição das “liberdades formais e jurídicas”? – justamente isso que estamos buscando?...

Não é a ocasião aqui de discutir os méritos da análise foucaultiana – de resto, enormes –, mas apenas assinalar a hiper-reverência com que ela costuma ser aceita e reproduzida entre nós. Reprodução acrítica, no meu modo de ver, na medida em que, diferentemente da Europa do hemisfério norte, não temos aqui uma “sociedade disciplinar” – ou “apaziguada”, como quer Chesnais – mas uma sociedade violenta! Uma sociedade onde nunca houve a universalização da escola, onde os aparelhos repressivos, apesar de ferozes, são muito pouco eficazes, para dizer o mínimo, e onde, finalmente, uma imensa força de trabalho, miserável

e informal, não possibilitou – e possibilita cada vez menos – a constituição de um mundo do trabalho hegemonicamente enquadrado pelo dispositivo da fábrica.

Uma pergunta que se coloca é: ainda que fosse possível a constituição de uma “sociedade disciplinar” entre nós, ela seria desejável? Boa pergunta, que não me atrevo a responder e apenas me contento em formulá-la. Mas, ao formulá-la, permito-me fazer algumas considerações, digamos, “revisionistas”... Uma delas: a tradição cultural da nossa *intelligentsia* relegou no passado a preocupação com a segurança, na melhor das hipóteses, a um tema menor; na pior, abandonou-a ao discurso truculento da direita. Daí a pouca atenção que dávamos às reflexões de um Hobbes, por exemplo, a respeito do medo da morte violenta como o fundamento do Estado; daí a absorção da crítica foucaultiana à sociedade disciplinar como se ela valesse, sem muitas mediações, para um país violento como o Brasil.

Ora, projetar a questão nesses termos é adotar algumas posturas que trafegam na contramão de certos lugares comuns presentes no imaginário que permeia o pensamento dos militantes dos direitos humanos. Refiro-me a dois desses lugares comuns. O primeiro diz respeito ao papel da figura histórica do estado e sua relação com os direitos que se quer proteger e ver efetivados. Estamos acostumados num país como o Brasil – e, reconheço, com carradas de razões – a ver no ente estatal, aqui abordado na sua vertente repressiva, um grande violador de direitos. É certo que, na nossa experiência histórica de sempre, o estado brasileiro, sobretudo o seu braço policial, é uma organização marcada por uma grande ineficiência e por perversões seculares (corrupção, violência etc.). Só que, feliz ou infelizmente, não existe, em contraposição, uma sociedade civil necessariamente depositária de valores eticamente superiores aos que o estado encarna. Ao contrário, na sua ausência a própria população, desamparada, é capaz de perpetrar formas de “justiça sumária” bem mais perversas do que aquelas previstas no seu arcabouço penal, de que os linchamentos e “justiceiros” são um bom e eloqüente exemplo.

O segundo lugar comum que precisa ser repensado pode ser formulado sob a forma de uma outra provocação, mas ela é a decorrência natural dos pressupostos teóricos que direcionam a minha reflexão a respeito de um “subsolo disciplinar” necessário ao gozo dos direitos. A “provocação” é a seguinte: talvez a melhor forma de defender os direitos humanos, sempre e continuamente violados num país como o Brasil, não seja defendê-los com mais ardor ainda! – como se a sua continuada violação fosse decorrência de um trabalho ineficiente dos seus militantes. Em termos menos provocadores, diria que a maior eficácia dos direi-

tos humanos não decorre apenas – talvez principalmente – de discursos e ações visando à sua proteção, mas também – talvez sobretudo – da diminuição das condições que dão origem a sua violação. Seria o caso, então, de voltar ao que Foucault chamou – lembram? – de “dispositivos” disciplinares, dos quais a fábrica e a escola são, a meu ver, os mais importantes – mesmo se Vigiar e Punir não trata deles, e sim daquele que é certamente o mais obscuro e, na minha avaliação, o menos importante, a prisão.

Pensando na questão específica, mas tão crucial, da fábrica – vale dizer, da constituição de um “mundo do trabalho” – ponho-me uma pergunta: nas condições atuais de precarização das relações de trabalho promovida pela globalização e pela robotização – um fenômeno, aliás, que também atinge a Europa atualmente⁵ – uma tal sociedade seria possível entre nós? Como sabem todos, vivemos hoje em dia num contexto mundial de desprestígio teórico das estruturas públicas estatais. Mas como dispensá-las? Afinal, não será certamente o livre funcionamento das engrenagens econômicas atualmente vigentes que irá resolver as terríveis questões que temos de encarar e enfrentar. Não são as leis do mercado, por exemplo, que irão encontrar uma solução para o fato de que na cidade de São Paulo, já nos anos 90, havia cerca de 50.000 pessoas trabalhando para o narcotráfico, um número maior do que os empregados na indústria automobilística (Folha de S. Paulo, 11/05/97).

Uma das questões cruciais – talvez a questão crucial – com que nos defrontamos, é: como, num mundo em que a “fábrica” – no sentido físico da expressão – está literalmente desaparecendo, fazer com que o seu sentido simbólico não se perca? Confesso que não digo essas coisas sem um pequeno “pinçamento no coração” – se posso me permitir esse neologismo de inspiração gaulesa. Afinal, para voltar de novo a Foucault, com ele não aprendemos que a fábrica e a escola se parecem com a prisão? A respeito da escola, aliás, um outro francês, Bourdieu, tinha nos fornecido o julgamento definitivo ao mostrar por A mais B, no célebre A Reprodução, que ela preparava os filhos dos operários para serem operários e os filhos dos burgueses para serem burgueses...

Digamos que esses juízos permanecem teoricamente sustentáveis. O problema é que, na prática, eles já não satisfazem, porque a dura realidade brasileira de hoje parece nos ensinar que há coisas piores do que a sociedade que esses autores criticaram. É certamente desencantador dizer isso, mas não há como não fazê-lo: pior do que ter de vender a força de trabalho, é não achar ninguém que a compre... A fábrica de Foucault é preferível a não ter trabalho, da mesma forma que é preferível estar na escola de Bourdieu do que ser menino de rua, e assim por diante.

Para concluir, faço uma última e breve reflexão. A violência nossa de cada dia parece indicar, como já avengei, que estamos diante de um verdadeiro problema civilizacional. E que, frente a ele, convém atentarmos seriamente para a hipótese hobbesiana do “medo da morte violenta” como o fundamento do estado – que Hobbes, numa imagem que se tornou clássica, comparou a um Leviatã, monstro bíblico de poder incontestável que, em troca de segurança, asse-nhora-se de todo o poder, transformando-nos todos em súditos dóceis.⁶ Quanto a esse “monopólio da violência legítima”, tudo bem. O problema todo é que a figura do Leviatã, titular único de toda a soberania, exerce o poder de forma absoluta, sem prestar contas a ninguém. Estão aí, em germe, os pressupostos de um estado totalitário.

Quando penso nisso tudo, pergunto-me se um dia não poderíamos ceder à tentação de trocar a nossa democracia pelas propostas de um demagogo qualquer disposto a assumir o encargo de nos livrar da violência que nos atinge. Afinal, muitas pessoas devem se perguntar para que serve a liberdade que têm se não se sentem seguras o bastante para exercer, sem temor, o simples direito de tomar um ônibus... Quando vejo o que se passa hoje numa cidade que apesar de tudo continua maravilhosa como o Rio de Janeiro, me pergunto se elas não se entregariam de bom grado a esse demagogo em troca de segurança a qualquer preço, mesmo que seja a paz dos cemitérios ou o inferno dos campos de concentração para os nossos miseráveis atulhados nos semáforos – para usar uma outra imagem de Chico Buarque – , “atrapalhando o trânsito”...

:: Notas

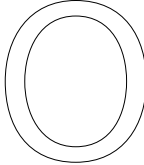
* Este texto é uma versão ligeiramente modificada da minha intervenção no evento comemorativo dos vinte e cinco anos do GAJOP, realizado na Academia Pernambucana de Letras, em 6 de dezembro de 2006. Agradeço a Valdênia Brito o convite para participar do que foi, para mim, uma festa de aniversário rica em lembranças afetuosas.

1. Luciano Oliveira é professor do Deptº de Ciências Sociais da UFPE e colaborador do GAJOP.
2. “Direitos Humanos ou ‘Privilégios de Bandidos’?”, in: Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 30, julho de 1991.
3. Histoire de la Violence, Paris, Robert Lafont, 1981.
4. Vigiar e Punir, Petrópolis, Vozes, 1986, p. 195.
5. Ver, por exemplo, o que diz Robert Castels em entrevista à revista Magazine Littéraire, Paris, n. 334, 1995.
6. Thomas Hobbes, O Leviatã, São Paulo, Abril Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1974.

A difícil construção dos Direitos Humanos breve retomada histórica e desafios atuais

Paulo César Carbonari¹

:. Introdução

 núcleo dos direitos humanos se radica na construção de reconhecimento que é um processo de criação de condições de interação e de formação de relações multidimensionais do humano, do meio e das utopias. Afirmar-se através da luta permanente contra a exploração, o domínio, a vitimização, a exclusão e todas as formas de apequenmento do humano. É luta permanente pela emancipação e pela construção de relações solidárias e justas.

O processo de afirmação dos direitos humanos sempre esteve, e continua, profundamente imbricado às lutas libertárias construídas ao longo dos séculos pelos/as oprimidos/as e vitimados/as para abrir caminhos e construir pontes de maior humanidade. Isto porque, a realização dos direitos humanos é um processo histórico, assim como é histórico seu conteúdo².

A proclamação dos direitos humanos em instrumentos normativos, legais, jurídicos e políticos é relativamente recente e significa um avanço importante na geração de condições para a efetivação desses direitos. No entanto, todo o processo de positivação de direitos é também de

seu estreitamento, já que se dá nos marcos da institucionalidade disponível que, via de regra, não foi construída na lógica dos direitos humanos.

Contraditoriamente, toda a luta pela institucionalização dos direitos gera condições, instrumentos e mecanismos para que possam ser exigidos publicamente, mas também tende a enfraquecer a força constitutiva e instituinte, como processo permanente de geração de novos conteúdos, de novos direitos, e de alargamento permanente do seu sentido.

A positivação dos direitos não significa, por si só, garantia de sua efetivação. Porém, se não fossem positivados certamente haveria ainda maior dificuldade, já que a sociedade não disporia de condições públicas de ação.

Por isso insistimos dizendo que direitos humanos são uma noção complexa e que guarda várias facetas e interfaces que articulam várias dimensões: jurídica, ético-moral, política, cultural, entre outras. Todas elas são complementares entre si e tornam a luta pela efetivação histórica dos direitos humanos um permanente processo de construção³.

Neste espírito, interessa-nos fazer um esboço da construção histórica dos direitos humanos. Ela é marcada por avanços e reveses significativos. O esforço se inscreve na tentativa de compreender em que medida estes processos ajudam a compreender o contexto atual da luta pelos direitos humanos no Brasil.

1.: Questões estruturais e recorrentes

Na raiz da formação da sociedade brasileira está a exclusão da maior parte de sua população. As marcas estão fundamentalmente em três questões: a pobreza e desigualdade; o racismo; e o sexismo⁴.

A pobreza é componente estrutural e persistência histórica em consequência das opções de desenvolvimento que, em regra, têm privilegiado setores (elites) econômicos. Donatários de capitâneas hereditárias, senhores de engenho, donos de minas, fazendeiros, donos da indústria e de bancos, sucessiva ou simultaneamente, têm orientado de forma prioritária a dinâmica do desenvolvimento, sempre pautada por seus próprios interesses e pela subserviência aos ditames coloniais (ou colonialistas, mais recentemente imperialistas) de cada época. Escravos, trabalhadores do campo, imigrantes pobres e trabalhadores urbanos têm sido os que ficaram alijados do acesso aos bens e à riqueza do país. A concentração da renda e da riqueza e a consequente desigualdade estrutural são viscerais à formação social e econômica, sem que o Estado em suas diversas versões históricas tenha conseguido ultrapassar seu enfrentamento como caso de polícia ou com ações populistas ou compensatórias.

O racismo é herança da prática de quase 400 anos de escravidão e da irresolução pós-abolição. Associa-se a ele o processo de mitigação patrocinado pelos mitos da “cordialidade” e da “democracia racial”, entre outros, que definem a maneira de tratar do assunto. Os mais de 40 milhões de africanos – arrancados de sua terra, inculturados à força e submetidos ao trabalho forçado – e seus descendentes construíram suas formas de resistência, mas ainda não encontram espaço para se expressar e, muito menos, para participar de forma integral da vida social e econômica do país.

O sexismo está nas relações privadas e públicas e se manifesta na subordinação da mulher, na dificuldade de acolher a diversidade de orientação sexual e, sobretudo, no machismo e no patriarcalismo e suas diversas variantes. Mulheres e homossexuais têm sido as vítimas de uma sociedade que privilegia a satisfação sexual, a atividade econômica e a participação política como assunto e prática de homens (masculinos e heterossexuais). A falta de acesso

à educação, a ausência do direito de votar, a dependência econômica, a diferença salarial, entre muitas outras, são exemplos da exclusão histórica e da ainda difícil tarefa de inclusão na sociedade brasileira.

2.: Processo de construção da agenda de direitos humanos

A construção da agenda de direitos humanos como expressão de compromisso público é recente.

Mesmo que o Brasil tenha participado ativamente da constituição das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das cartas de direitos humanos por elas promulgadas, não se pode esquecer que, enquanto as Nações Unidas definiam os desdobramentos de sua Carta nos qual os direitos humanos figuram como conteúdo central, através dos Pactos, o Brasil vivia a ditadura militar e, quase coincidentemente, o seu maior endurecimento⁵, tanto é que somente veio a ratificá-los 26 anos depois.

Neste momento histórico, a realidade brasileira foi marcada pela inviabilização dos direitos humanos como conteúdo e como experiência prática, dado o processo de cerceamento da participação social, a prisão, o exílio e a morte de centenas de ativistas que se opunham à ditadura militar (que, de maneira mitigada, preferiu chamar a si mesma de revolução, contraditoriamente). O processo de abertura, controlado e dirigido pela elite militar (e civil a ela subserviente), gerou esquecimento que marca a cultura política e social até hoje. Sem ter feito a abertura por completo (os arquivos ainda continuam inacessíveis), o processo persiste num passivo que se expressa no ainda não acesso à memória da ditadura, de suas vítimas e dos algozes.

Em nome dos direitos humanos foi nesta mesma época que setores da sociedade brasileira começaram a se levantar contra o arbítrio da ditadura. Foi nas nascentes entidades de direitos humanos, na década de 1970, que começaram a se manifestar vozes de resistência e de condenação do regime militar. Veja-se que o conteúdo dos direitos humanos, ausente da vida concreta das pessoas, ausente da legislação, ausente da prática dos governos, estava presente nas lutas de resistência. Vicejou ali, junto aos movimentos e organizações populares e sindicais, forjando a consciência crescente que desabrochará mais tarde, com vigor, no movimento pela Anistia e pelas Diretas. Contraditoriamente, a Anistia *ampla, geral e irrestrita* abdicou de produzir a verdade sobre a ditadura e as eleições indiretas frustraram a expectativa dos milhões que foram às ruas exigindo mais do que eleições. O processo, apesar dos reveses, cresceu e se consolidou em movimentos e organiza-

ções sociais⁶ que se instituíram na década de 1980 e que participaram ativamente da vida social e política do país.

O processo constituinte (1987 e 1988) significou uma certa convergência de setores sociais diversos, inclusive dos setores populares, na crença de que seria possível refundar o país, dotando-o de novas bases democráticas e justas. As emendas populares, apresentadas com milhares de assinaturas e sobre os mais diversos temas, são mostras de que no fundo do processo estava a crença de que seria possível transformar direitos em obrigações. O processo Constituinte e a Constituição Federal de 1988 significaram, contraditoriamente, um marco de convergência da resistência política e um ponto de referência para a afirmação dos direitos humanos.

O final da década de 1980 foi marcado por um conturbado momento histórico: o fim das alternativas reais à sociedade de mercado no mundo e a consciência crescente de que, no subterrâneo da retórica dos direitos, vicejava sorrateiramente o neoliberalismo. Foi um tempo de proclamação do fim das utopias. No entanto, a sociedade brasileira, vivia os tempos de institucionalização de parte de suas lutas, com a nova Constituição. Com eles, a inauguração da construção de bases mais consistentes para a realização dos direitos humanos. Foi um tempo também de eleição de uma aventura política que resultou inviabilizada através do movimento do *impeachment*. A mesma força que levou a Constituição a ser pautada pelos direitos humanos, consideradas as circunstâncias, viu-se assolada por um governo que depunha contra ela. As forças populares resistiram, mesmo sem conseguir instaurar a abertura de novo ciclo político e, sobretudo, a implementação de transformações econômicas e sociais estruturantes.

O movimento de constitucionalização dos direitos viu-se, imediatamente em seguida, chamado à sua complementação através da construção de legislações complementares. Nesta esteira é que nasceram leis orgânicas como a da Saúde e o Estatuto da Criança e do Adolescente, para exemplificar, além de inúmeras outras propostas que somente mais tarde se tornaram legislação, como a lei que tipifica o crime de tortura, entre outras. A década de 1990 iniciou-se, portanto, com um forte movimento social que, nas ruas, exigia direitos, ao mesmo tempo em que investia na necessária consolidação de legislações capazes de abrir espaços no Estado para garantir a participação cidadã e o controle social como mecanismos para fazer avançar a efetivação dos direitos constitucionais.

Na era FHC (1995 a 2002), a social-democracia cedeu às oligarquias tradicionais e ao poder econômico globalizado: domar a inflação custou o adiamento da realização efe-

tiva dos direitos humanos, da superação das desigualdades gritantes e do fortalecimento da democracia, e gerou a ampliação da privatização do Estado, a abertura total ao capital estrangeiro, novos grandes projetos baseados apenas no poder do mercado. Ainda assim, sob a ótica dos setores populares, a perspectiva da democratização mais ampla possível esteve na agenda, em geral associada à construção dos direitos. Diríamos que se vivia um misto de crença no Estado de Direito e de descrença na capacidade de o Estado realizar os direitos, ambas associadas à crença na força da sociedade organizada como lugar de produção de alternativas e de construção de capacidade de controle da ação governamental.

O processo de organização social foi sendo complexificado com o surgimento de diversas formas organizativas (movimentos populares, ONGs, fóruns, redes, articulações e outros). Ao mesmo tempo em que ampliou a incidência no controle social, também manteve um forte processo de movimentação da luta popular (marchas, caminhadas, ocupações de terra, entre outros). Um elemento completamente novo deste período foi o crescimento da articulação regional e global (em termos de direitos humanos começa a ocorrer uma incidência junto aos sistemas internacionais de proteção, por exemplo). Todo este processo, associando vários movimentos, confluiu para o Fórum Social Mundial (iniciado em 2001 e, a partir daí, realizado anualmente), expressão mundial da busca de alternativas que tem na gênese a ação de organizações sociais brasileiras.

Ao mesmo tempo em que ocorreu este processo no universo das organizações populares também foram sendo experimentadas administrações públicas cujos mandatários eram oriundos do campo popular, as administrações populares dirigidas por partidos do tradicional campo de esquerda. Estas novas experiências possibilitaram a vivência do exercício do poder dentro do aparelho do Estado e a construção de boas inovações em termos de gestão de políticas públicas, além da abertura de espaços de participação popular – talvez o modelo mais marcante disso seja o Orçamento Participativo. Por outro lado, também ajudou na identificação das contradições e dos limites da institucionalidade disponível. De experiências locais chegou-se às estaduais e à federal. A eleição do governo Lula, sob este aspecto, pode ser identificada como o ápice em termos de ocupação dos espaços hierárquicos de exercício do poder do Estado. Mesmo que o governo Lula ainda esteja em curso – e recentemente reeleito para mais um mandato – já se pode dizer, com certa tranquilidade, que a sensação que as organizações populares vêm alimentando é que, salvo os avanços em vários setores como no investimento para a redução da pobreza através da transferência de renda, para citar um exemplo, estruturalmente

ainda não conseguiu ampliar os espaços de participação direta e ainda tem grandes desafios para gerar condições concretas para o aprofundamento da realização dos direitos humanos⁷. A retórica da participação popular, do controle social, dos direitos, da transformação, parece adiada pelas diversas estratégias de “governabilidade”.

A presença consistente e estruturante dos direitos humanos na Constituição Federal⁸ deu alento a um processo de incorporação jurídica e política crescente, mesmo que ainda insuficiente. Neste sentido, a década de 1990 é pródiga se contrastada ao conjunto da história do país.

O *Ciclo Social* das Nações Unidas, no qual foram realizadas Conferências Mundiais sobre os mais diversos temas, sempre com abertura para participação das organizações não-governamentais, tanto em espaços formais quanto em espaços paralelos de formulação e de pressão dos governos, marcou a década de 1990 e prometeu certo alento no novo século – mesmo que a agenda tenha mudado completamente para o foco da segurança e do binômio guerrapaz a partir de setembro de 2001. O Brasil viveu de perto uma delas, a ECO-1992, a Conferência Mundial para Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro. Teve participação expressiva em várias delas, especialmente na II Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993. O Brasil se fez representar com uma significativa delegação governamental e com representantes da sociedade civil⁹. O corpo diplomático brasileiro teve atuação destacada nos debates e na sistematização da Declaração e Programa de Ação, aprovado por consenso por mais de 160 países presentes¹⁰. A Conferência de Viena significou um marco na afirmação histórica dos direitos humanos, pois declarou em seu Programa de Ação que são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (art. 5º), estreitamente vinculados à democracia e ao desenvolvimento (art. 8º) e exigem atenção prioritária aos grupos sociais vulneráveis (arts. 14 a 23 e 25).

Em 1992, na esteira do processo preparatório a Viena, o Brasil ratificou vários instrumentos internacionais de direitos humanos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹¹, a Convenção Americana de Direitos Humanos da OEA, entre outros. A maior parte das Convenções, Tratados e Pactos está ratificada, fazendo com que a sociedade brasileira tenha à disposição importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.

Na volta de Viena, governo e sociedade civil construíram uma *Agenda Brasileira de Direitos Humanos* a fim de dar seguimento às resoluções da Conferência. A Agenda resultou em várias iniciativas: em 1993, a criação da procurado-

ria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) pelo Ministério Público Federal; em 1994, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei que previa a criação do novo Conselho Nacional de Direitos Humanos¹² e também criou a Secretaria Nacional de Direitos Humanos¹³, ligada ao Ministério da Justiça; em 1995, a Câmara dos Deputados criou a Comissão de Direitos Humanos (CDH/CD) – o Senado Federal só criou em 2003; a partir de 1996, a CDH/CD em conjunto com organizações da sociedade civil e outras instituições públicas passou a organizar anualmente as Conferências Nacionais de Direitos Humanos¹⁴; também em maio de 1996, o Poder Executivo decretou o Programa Nacional de Direitos Humanos¹⁵. Este conjunto de medidas nacionais ensejou a tomada de várias iniciativas estaduais. Entre elas estão: a criação de Comissões de Direitos Humanos nas Assembleias Legislativas¹⁶, a formulação de Planos Estaduais de Direitos Humanos¹⁷, a criação de Conselhos Estaduais de Direitos Humanos¹⁸ e a realização de Conferências Estaduais de Direitos Humanos.

Mais recentemente, em 2004, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, sobre a Reforma do Poder Judiciário¹⁹, introduziu importantes mudanças, entre as quais, a possibilidade de federalização dos crimes contra os direitos humanos – por iniciativa do Procurador Geral da República e mediante decisão do Superior Tribunal de Justiça – e a criação do Conselho Nacional de Justiça, além da previsão das Ouvidorias de Justiça. No que diz respeito à natureza jurídica dos tratados de direitos humanos, a Emenda disciplinou o assunto para o caso dos tratados a serem incorporados depois de sua promulgação; porém, deixou em aberto a controvérsia sobre os que já foram ratificados – observe-se que a maioria deles foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional e sem seguir o ritual determinado pela Emenda, o que abre um debate sobre o que fazer com os instrumentos internacionais de direitos humanos no caso de se pretender que tenham status constitucional²⁰. Este é um debate jurídico, mas tem sérias conseqüências sobre a maneira como o Poder Judiciário se propõe a incorporar os instrumentos internacionais de direitos humanos nos julgamentos e, sobretudo, no nível de exigência de comprometimento dos agentes executivos e legislativos, dado que, admitida uma hierarquia constitucional qualquer ação destes poderes teria que respeitá-los. Não sendo assim, abre-se espaço para infundáveis debates acadêmicos, jurídicos e políticos que redundam, na prática, por liberá-los a agir e, eventualmente, até a formular legislações que poderiam se contrapor aos direitos humanos.

Na esteira da construção de novos caminhos para os direitos humanos, a sociedade civil, através de diversas organizações, participou ativamente do processo institucional e também desenvolveu iniciativas autônomas consideráveis. Entre as principais destacamos: a introdução do debate sobre Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo marco é a publicação, pelo MNDH, CPT e FIAN, do texto *Direitos Econômicos: seu tempo chegou*, em dezembro de 1997²¹; o processo, coordenado pelo MNDH, que resultou na organização do Capítulo Brasileiro da Plataforma Interamericana de Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento (PIDHDD)²²; a construção do Informe da Sociedade Civil sobre cumprimento do PIDESC, sob a coordenação do MNDH, da CDH/CD e da PFDC, visando forçar o governo brasileiro a apresentar o informe oficial, tendo resultado da realização de 17 audiências estaduais que reuniram representantes de mais de duas mil organizações populares, apresentado ao Comitê DESC da ONU, em maio de 2000²³; a apresentação de informe alternativo da sociedade civil e os debates sobre o cumprimento da Convenção contra a Tortura (em 2000), o que acelerou a vinda do Relator Especial da ONU sobre Tortura, Dr. Nigel Rodley, no mesmo ano; a acolhida e acompanhamento da visita de vários Relatores Especiais da ONU²⁴; além da apresentação de casos ao Sistema Interamericano²⁵. Nesta mesma esteira, várias iniciativas de articulação nacionais e internacionais foram sendo construídas. Uma memória de todo este processo mereceria atenção mais destacada e poderá ser feita em outro momento.

Um destaque especial para a IX Conferência Nacional de Direitos Humanos²⁶, que foi a primeira a ser precedida de conferências estaduais, todas convocadas oficialmente e dirigidas por um Grupo de Trabalho que reunia representantes do poder público e da sociedade civil. O tema central foi a construção do Sistema Nacional de Direitos Humanos (SNDH). A proposta foi formulada e apresentada originalmente em 2001 pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos²⁷ e, em síntese, sugere mudanças estruturais na forma de desenvolver a atuação em direitos humanos no País. Amplamente incorporada e aprovada pela Conferência, viu pouco ou quase nenhum empenho da parte do governo federal para sua implementação. A importância do tema e a expectativa com sua incorporação na agenda governamental haviam sido manifestas pelo MNDH em carta ao presidente Lula, ainda quando não havia assumido o governo, em dezembro de 2002, e reiterada nos anos seguintes.

Mesmo que de forma descritiva e breve, cremos ter traçado pinceladas que marcam com força o processo de construção da agenda de direitos humanos em nosso País. Haveria muito a dizer em complementação. Todavia, os recur-

sos e o espaço disponíveis não nos permitem fazê-lo por ora. O exercício sinaliza, no entanto, para a necessidade de alargarmos a memória das lutas e dos processos sociais e políticos para que os passos a serem dados adiante sejam consistentes.

3.: Desafios para o fortalecimento da luta

Considerando o quadro histórico que rapidamente expusemos acima, seguimos apresentando os desafios para o fortalecimento da luta. Os entendemos como fundamentais para fortalecer a luta pelos direitos humanos no Brasil como exercício coletivo de reflexão em vista de consolidar uma agenda de reflexão e debate que possa subsidiar a ação concreta. Pretende ser uma leitura que emerge das fendas da práxis cotidiana de organização da luta popular pelos direitos humanos.

Dividiremos a identificação dos desafios em dois campos: um centrado na organização popular e outro voltado para o fortalecimento da institucionalidade protetiva.

No campo da organização popular, localizamos dois desafios centrais: um no sentido da própria organização e outro no sentido da luta.

O primeiro desafio está no campo estrito da organização popular. Partimos da compreensão de que povo organizado é mais democracia e mais democracia é mais direitos humanos.

A organização popular é uma das expressões mais fortes da luta por reconhecimento da dignidade e pela realização dos direitos humanos, para além da luta por interesses corporativos específicos. As organizações populares mantêm vivo o processo de resistência ao modelo de desenvolvimento que exclui e propõe o alargamento do conteúdo dos direitos humanos e a ampliação dos espaços de participação, dando visibilidade a sujeitos de direitos ignorados e vulnerabilizados pela sociedade. Daí que, fortalecer a organização popular é, sobretudo, ampliar as condições para a realização dos direitos humanos.

Observando a organização popular pode-se notar que há uma lista significativa de desafios específicos, entre os quais estão: compreender a diversidade das formas e das práticas que marca o universo da organização popular como um agregado positivo; trabalhar a diversidade em redes e processos de articulação; reforçar a autonomia e a independência das organizações; gerar condições para que a ação local tenha condições de repercussão e incidência global e vice-versa; abrir canais de expressão das demandas e das propostas dos setores populares e enfrentar o processo de criminalização da organização popular

e dos defensores/as de direitos humanos. Organizações populares fortes são sinônimas de ampliação da democracia e da participação social e política. Em suma de maior potencial para efetivar direitos humanos.

Há uma lista de questões recorrentes na agenda das organizações, entre as quais: sistematizar as práticas; formular propostas e discutí-las em fóruns públicos; exercer o monitoramento e o controle social da ação do Estado; resistir a projetos de desenvolvimento que atentam contra os direitos humanos e denunciar todas as formas de violência e violação dos direitos. Isto porque, organizações populares são sinônimas de desenvolvimento sustentável e solidário com justiça e equidade.

Em suma, o fortalecimento da organização popular significa dar vazão e expressão às contradições estruturais que marcam sociedades profundamente desiguais e assimétricas. Significa gerar condições para lidar com a mediação de conflitos de forma participativa e programática. Significa, sobretudo, acreditar que os sujeitos de direitos são todos os seres humanos e que somente eles poderão saber qual é a melhor maneira para efetivamente realizá-los.

O segundo desafio organizativo está no sentido de pensar novas estratégias de luta pelos direitos humanos. Parte da compreensão de que não há direitos humanos sem luta por direitos humanos.

A organização popular de luta pelos direitos humanos tem presença significativa na sociedade brasileira. Nas últimas décadas têm se diversificado em formas e em estratégias de luta. Junto às organizações que atuam especificamente em direitos humanos, surgem novos atores (ONGs e Movimentos Sociais) que passam a incorporar a agenda dos direitos humanos, além de organizações que tematizam e especificam os direitos humanos de forma consistente, sobretudo abrindo a exigência para o diálogo com temas como a igualdade racial, gênero, orientação sexual, geração, territorialidade e outros. Ademais, ampliam-se os espaços de articulação (redes, fóruns e outros). Por outro lado, há segmentos da organização social que ainda estão mais distantes da incorporação da agenda de direitos humanos – o movimento sindical, por exemplo. Compreender o sentido e a diversidade das formas organizativas e das estratégias de luta é tarefa fundamental para fazer avançar a luta pelos direitos.

Organizações de direitos humanos têm um amplo reconhecimento no papel de vigilância ante as diversas violações – e não são poucas. Neste sentido, nos últimos anos a presença das organizações avançou de forma qualificada na litigância judicial, tanto nacional quanto internacional. A produção de relatórios que retratam a situação e as diver-

sas formas de violação dos direitos é freqüente e chega a pautar, mesmo que esporadicamente, a grande mídia. Da mesma forma, a apresentação de informes junto a instâncias internacionais do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos (ONU e OEA), utilizando-se dos diversos mecanismos disponíveis, tem ajudado a promover uma maior aglutinação de apoio aos esforços da luta local. O maior desafio talvez esteja em desbloquear a resistência de setores significativos do Poder Judiciário que ainda insistem em ignorar os direitos humanos. E mais, é preciso construir campos de luta que pressionem o Judiciário para que se torne um poder mais transparente, permeável e sensível à realidade brasileira.

As estratégias também já acumularam significativa capacidade de proposição de políticas – específicas e gerais – que visam fazer avançar a responsabilidade do Estado com a realização dos direitos humanos. As organizações também foram capazes de produzir propostas estruturantes no campo da institucionalidade protetiva, como é o caso do Sistema Nacional de Direitos Humanos e todos os aspectos nele implicados. Ademais, as organizações também têm presença forte nos espaços de monitoramento e controle social, propondo, construindo e efetivando diversos Conselhos, entre os quais os de Direitos Humanos. O grande desafio posto neste tema está exatamente em qualificar a capacidade de controle e avaliação das políticas públicas de forma autônoma e independente, de tal forma a contribuir para ampliar sua adequação às demandas, incorporando mais amplamente os direitos humanos.

A participação em fóruns e articulações internacionais tem crescido no universo específico da sociedade civil e também nos espaços institucionais e nos sistemas internacionais de direitos humanos. No âmbito da sociedade civil, o Fórum Social Mundial é um importante espaço para qualificar e ampliar a interlocução entre atores locais e organizações continentais e internacionais. Além dele, a afiliação de organizações brasileiras a redes internacionais (FIDH, PIDHDD, entre outras) mostra que a presença brasileira neste processo cresce em organicidade. No que tange aos sistemas internacionais, as organizações têm acionado os diversos mecanismos de monitoramento, além de ter ampliado a litigância. No caso do monitoramento, a presença de várias Relatorias Especiais da ONU e a apresentação de Contra Informes sobre o cumprimento de Instrumentos Internacionais é prática crescente (o exemplo mais emblemático é no Comitê do PIDESC, seguramente, mas não se restringe a ele). A utilização das posições e das recomendações dessas instâncias internacionais no fortalecimento das lutas internas também é crescente. O desafio está em avançar na maior organicidade às lutas internacionais e em ampliar a capa-

cidade de incorporação dos resultados obtidos junto aos organismos internacionais.

A organização de redes de articulação que reúnem diversos atores sociais, em geral com naturezas e estratégias distintas, às vezes complementares, cresceu nos últimos anos. Até o final da década de 1990, por exemplo, o MNDH era praticamente a única rede específica de direitos humanos. Nos últimos anos, novos processos de articulação passaram a atuar no tema (Plataforma DhESC, Fórum de Entidades Nacionais – FENDH, Processo de Articulação e Diálogo – PAD, entre outros), sem contar que articulações inicialmente não vocacionadas especificamente para o tema passaram também a incorporá-lo em suas agendas (como o Fórum da Reforma Agrária, a ABONG, para citar alguns exemplos). A diversidade e a multiplicação de redes de articulação, muitas vezes formadas pelas mesmas organizações ajuda a acumular na capacidade de interlocução e de incidência. Porém, também pode gerar processos de sombreamento e sobreposição. Daí que, o fundamental é encontrar caminhos para que os diversos espaços organizativos somem esforços, mais do que se convertam em fóruns de disputa de interesses.

Uma das grandes e significativas novidades dos últimos anos é a presença de organizações que incorporam novos temas, novas perspectivas de abordagem e novas estratégias de ação à agenda de direitos humanos. Neste sentido, é fundamental registrar, sobretudo, as questões de gênero, de raça/etnia, de orientação sexual, de geração, territorialidade, entre outras. Se, de um lado, se reconhecem como e são organizações de direitos humanos, por outro, põe exigências novas de abertura de diálogo em diversos sentidos às “organizações tradicionais” de direitos humanos. Trata-se de, mais do que ampliar, de reconfigurar a agenda de direitos humanos, visto que a diversidade é seu conteúdo substantivo. O desafio posto está em abrir canais de diálogo e de articulação, a fim de gerar condições para que esta nova agenda tenha lugar.

Os movimentos sociais têm também sido atores fundamentais na luta pelos direitos humanos e trazem, por sua prática e estratégias de luta, novas formas de atuação e, sobretudo, a necessidade do enfrentamento e de exercer o direito de resistência no que se refere às grandes contradições estruturais que marcam o modelo desigual e excludente de desenvolvimento no Brasil. Por isso, o enfrentamento a grandes projetos de desenvolvimento, a luta pelos compromissos extraterritoriais das transnacionais, a luta contra a concentração da propriedade (rural e urbana) e pela sua socialização, a luta contra o pagamento da dívida e por processos de integração regional e global justos, entre outros aspectos, emergem como

novos elementos chave na luta pelos direitos humanos. Novamente, mais do que o alargamento da agenda de direitos humanos está em questão encontrar caminhos para inová-la, sobretudo pela emergência de um novo foco de enfrentamento, o mercado/empresa e os diversos agentes econômicos.

Cresce o processo de criminalização da luta social e de suas lideranças. Mas, também cresce a consciência das próprias organizações de que se trata de processo de criminalização de defensores/as de direitos humanos. A organização do Comitê Brasileiro de Defensores/as mostra claramente esta consciência e compromisso. Note-se que, em consequência, o conceito tradicional de defensor/a de direitos humanos é alargado, sobretudo por reconhecer que todos/as os/as que promovem lutas populares e sofrem algum tipo de ameaça são defensores/as de direitos humanos. Todavia, mesmo que historicamente tenha havido criminalização da luta social, o que há de novo é, de um lado, o desafio de os próprios movimentos e organizações sociais construir estratégias e ações para resistir a este processo e para proteger os/as defensores/as e; por outro, o desafio de construir políticas públicas que possam fazer frente a este processo – como a construção do Programa de Defensores/as de Direitos Humanos. Assim que, enfrentar a criminalização das organizações, das lutas e de suas lideranças é um desafio complexo e posto tanto para dentro das próprias organizações e para as estratégias de articulação entre elas, quanto para fora, como denúncia e como busca de construção de políticas protetivas.

Talvez o maior desafio na construção de novas estratégias de luta esteja na ampliação da capacidade de mobilização social em torno da agenda de direitos humanos, enfrentando as travas culturais conservadoras presentes na opinião pública. Ampliar as fendas e, sobretudo popularizar a adesão positiva e o reconhecimento amplo da população com os direitos humanos põe-se como desafio estratégico, seja para ampliar a base de apoio da luta, seja, sobretudo, para gerar condições de ampliar a efetivação dos direitos.

Em suma, as novas estratégias de luta pelos direitos humanos exigem a construção de uma nova agenda que passa pela reflexão sobre o sentido dos direitos humanos – as concepções que são construídas a partir delas – e, sobretudo, pela explicitação de novos conteúdos e de novas estratégias. Isto significa que a tarefa somente poderá ser cumprida se forem ampliadas a capacidade de diálogo e a construção conjunta desses diversos agentes e processos organizativos. Apostar no sombreamento ou na fragmentação só contribuiria para desmobilizar e abrir espaço para o oportunismo do retrocesso.

No campo institucional, entendemos que está posto o desafio de avançar a construção de uma nova institucionalidade protetiva dos direitos humanos. Parte-se da compreensão de que cabe ao Estado respeitar, promover, proteger e realizar os direitos humanos.

A construção de uma institucionalidade pública protetiva dos direitos humanos exige enfrentar desafios de fundo. Eles se desdobram no sentido da organização da forma de ação do Estado e também na efetivação de espaços públicos (não-estatais). O Brasil já deu passos significativos na direção de dotar a sociedade e o Estado de condições para lidar com os direitos humanos, assumindo a responsabilidade com o respeito, a promoção, a proteção e a realização dos direitos humanos, bem como com a reparação de violações. Todavia, é preciso reconhecer que ainda está longe de efetivamente dar conta do conjunto das demandas postas neste tema.

A sociedade brasileira está em processo de democratização e, nesta direção, põe-se a tarefa de construção e organização do Estado para efetivar direitos humanos. Trata-se de enfrentar o debate tendo em conta a natureza federativa e de tripartição do poder do Estado. Ou seja, não serão produzidos avanços nem internamente e nem na forma de atender aos compromissos internacionais sem esta compreensão.

Entendemos que é tarefa do governo da União a responsabilidade primeira de pautar este debate e de propor soluções permanentes e estruturantes, inclusive dando o exemplo. Isto vale tanto para o Poder Executivo, quanto para o Legislativo e o Judiciário. Nesta direção, assumir com força e conseqüência as deliberações da IX Conferência Nacional de Direitos Humanos, que acumulou um conjunto de propostas concretas e que caminham na direção da efetivação do Sistema Nacional de Direitos Humanos, é o primeiro grande desafio, visto que a proposta, além de fazer um diagnóstico dos problemas institucionais de fundo, apresenta um conjunto de propostas com medidas concretas capazes de enfrentar a situação, seja para aprimorar instrumentos, mecanismos, órgãos e ações que já existem, seja para efetivar outros. O discurso de que a proposta é difícil ou incompreendida não cabe, sobretudo se houver empenho e prioridade, visto que, em outras áreas da gestão pública, tem-se enfrentado o mesmo debate e com propostas muito assemelhadas (veja-se o Sistema Único de Assistência Social, feito nos últimos anos, por exemplo).

O desafio mais imediato, neste contexto, está em promover a aprovação e a instalação do novo Conselho Nacional de Direitos Humanos. É inaceitável que uma proposta de tamanha importância esteja em tramitação há doze

anos. Os pontos de divergência e de convergência já foram identificados nos diversos debates. Todavia, sem uma ação enérgica e a priorização do assunto por parte do governo federal dificilmente haverá avanços. Junto com ele, ou talvez a partir dele, será necessário avançar na instalação de Conselhos Estaduais de Direitos Humanos. Produzir orientações normativas para sua criação a partir da avaliação dos que atualmente já existem e uma mobilização da sociedade para tal é tarefa decorrente. Segue-se a ela a construção de processos também nos Municípios.

Outro desafio é o de incorporação efetiva dos direitos humanos no conjunto das políticas públicas junto com o aprimoramento e a ampliação de ações de políticas públicas específicas de direitos humanos. Isto passa pela atualização do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) como um exercício amplo de participação e, sobretudo, de formulação estratégica de propostas de medidas a serem adotadas pelo conjunto do governo e do Poder Público. Fazer uma profunda avaliação do atual PNDH e a sistematização de um diagnóstico consistente das principais demandas de ação em direitos humanos são os primeiros passos. Mas, ele haverá de ser completado com a construção de diretrizes estratégicas para orientar o conjunto das ações. Em seguida, serão fundamentais a formulação de ações com previsão de metas, responsabilidades e orçamento para que o Programa deixe de ser apenas uma orientação programática e se complete também como plano de ação efetiva. Neste sentido, é também fundamental formular uma política consistente de monitoramento e de avaliação capaz de abrir espaço para posicionamentos independentes da sociedade civil e também para posicionamentos públicos, seja dos órgãos de controle interno seja pelos órgãos de controle social da ação política. Avançar no comprometimento de governos estaduais com a formulação de Programas nestes níveis é o desafio complementar.

A construção de uma política nacional de direitos humanos exige a atualização do PNDH, mas vai além dele, visto que o esforço maior está em, efetivamente, compreender e implementar ações e direitos humanos em todos os espaços de ação pública, superando a idéia de que o órgão de governo de direitos humanos (a SEDH, em nível federal) é que, sozinha deverá fazê-lo. Ou o processo resulta de um esforço do conjunto do governo e do Poder Público, ou permanecerá como ação importante, mas à margem, pontual, residual e isolada. Entender que entre as tarefas primeiras do Estado está o compromisso com os direitos humanos é um dos maiores esforços políticos posto na agenda pública imediata. Fazer este exercício com ampla e qualificada participação das organizações da sociedade civil é mediação essencial para que o sujeitos de direitos

humanos sejam os autores e os atores das medidas que serão implementadas em vista de atender seus direitos.

.. Considerações Finais

A prática é o campo da política e é nela que se pode identificar sua verdade. Neste sentido, é exatamente agindo que se poderão construir pontes para enfrentar os desafios identificados, e identificar outros. A política não se esgota na técnica de compor interesses. Ela é bem mais do que isso: é a prática de enfrentar os conflitos e de construir os consensos baseados em argumentos. Por isso, mais do que retórica, precisa-se de ação solidariamente responsável.

Construir novas práticas de direitos humanos é, em última análise, pôr as bases de uma nova cultura. Cultura é um *modo de ser*, no sentido clássico um *ethos*, uma nova *ética*, uma *ética dos direitos humanos*.

Dessa forma, as atitudes básicas que caracterizam a humanidade, a indignação e a solidariedade, poderão ganhar espaço no tempo que nos é dado viver. A lógica do descartável, do consumo, do individualismo, que geram a “amnésia antropológica” – o esquecimento, a indiferença e o embrutecimento do humano e de sua humanidade – não soterraram completamente estes sentimentos e estas atitudes.

Acreditar nisso como possível é, antes de tudo, comprometer-se com sua efetivação cotidiana. Isto porque é, acima de tudo, acreditar sempre e de novo que a humanidade vale mais, muito mais do que qualquer coisa – melhor, vale exatamente porque não é possível atribuir-lhe qualquer preço.

.. Notas

1. Mestre em filosofia (UFG-GO), professor de filosofia no Instituto Superior de Filosofia Berthier (IFIBE), Passo Fundo, RS, coordenador nacional de formação do Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH).
2. Aprofundamos estes aspectos de concepção em Direitos Humanos: uma reflexão acerca da justificação e da realização. In: CARBONARI, Paulo César; KUJAWA, Henrique Aniceto. *Direitos Humanos desde Passo Fundo*. Passo Fundo: CDHPF/EdIFIBE, 2004, p. 89-109.
3. Aprofundamos estes aspectos em CARBONARI, Paulo César. A construção de um Sistema Nacional de Direitos Humanos. In: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA GAÚCHA. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório Azul 2004: Garantias e Violações dos Direitos Humanos*. Edição Comemorativa de 10 anos. Porto Alegre: Corag, 2004, p. 344-369. Este último texto é aproveitado em

grande parte e complementado em vários aspectos no ponto a seguir

4. Aprofundamos estes aspectos em CARBONARI, Paulo César. Raízes da Violência: uma abordagem com pistas programáticas. *Revista Tempo e Presença*. Rio de Janeiro, Koinonia, ano 27, nº 339, jan/fev 2005, p. 7-17.
5. A Carta das Nações Unidas conta com três instrumentos de direitos humanos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos de 1966). No Brasil, 1966 é o segundo ano da ditadura e dois anos antes do Ato Institucional nº 5, que caçou direitos políticos e instaurou o período mais cruel da ditadura militar.
6. Exemplos são bem conhecidos, mas não é demais lembrar ao menos alguns como: Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), Comunidades Eclesiais de Base (CEBs), Comissão Pastoral da Terra (CPT), Conselho Indigenista Missionário (CIMI), Pastoral Operária (PO), Articulação Nacional de Movimentos Populares (ANAMPPOS), Central Única dos Trabalhadores (CUT), Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST). Este período também marca o surgimento de muitas Organizações Não-Governamentais (ONGs), entre as quais o GAJOP.
7. Sugestivas, neste sentido, as manifestações públicas de diversos movimentos e organizações populares (entre as quais as Cartas do MNDH) sobre as ações em direitos humanos, de modo particular. Uma coleta e uma sistematização delas poderia ajudar a fazer um balanço e uma análise sobre este assunto. Fica para outra oportunidade.
8. Direitos Humanos estão na Constituição Federal como princípios fundamentais (artigos 1º a 4º), como garantias fundamentais (artigo 5º), como direitos sociais (artigo 6ºss) e como direitos políticos (artigos 14ss).
9. O MNDH esteve representado por dois dirigentes nacionais e teve ativa participação no processo preparatório, nos debates durante a Conferência e também nos encaminhamentos de seu seguimento.
10. Para aprofundamento, conferir, entre outros: LINDGREN ALVES, J. A. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo/Brasília: Perspectiva/FAG, 1994 e CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997, vol. I, II e III.
11. Respectivamente, através dos Decretos nº 592 e nº 591, ambos de 06/07/1992.
12. Mensagem do Poder Executivo nº 663, de 22/08/94, na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 4.715/94. Tra-

mitou na Câmara até final de 2001, tendo seguido para o Senado, onde, em 30/06/2004 recebeu um substitutivo. Retornou à Câmara e aguarda nova votação.

13. A partir de 01/01/2003 transformada em Secretaria Especial dos Direitos Humanos, com status de Ministério ligado diretamente à Presidência da República. Sua organização está definida pelo Decreto nº 5.174, de 09/08/2004.

14. A primeira (1996), sobre as bases para o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH); a segunda (1997), sobre o Direito Humano à Educação, fez uma avaliação do PNDH e pediu sua reformulação; a terceira (1998), no cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos; a quarta (1999), sobre os DhESC, decidiu pela construção do Relatório da Sociedade Civil sobre o cumprimento do PIDESC; a quinta (2000), sobre o combate à violência e a promoção da paz; a sexta (2001), teve o lançamento da proposta do Sistema Nacional de Direitos Humanos pelo MNDH; a sétima (2002), mapeou estratégias para o combate à violência; a oitava (2003), sobre a proposta do Sistema Nacional de Direitos Humanos, aprovou que a nona seria deliberativa; a nona (2004) definiu os contornos do Sistema Nacional de Direitos Humanos e foi a primeira antecedida de 26 conferências estaduais e uma distrital que escolheram delegados/as; a décima (2006), sobre direitos humanos e modelo econômico.

15. Decreto nº 1.904 de 13/05/1996. Recebeu críticas na II Conferência Nacional de Direitos Humanos por não contemplar os Direitos Humanos Econômicos Sociais e Culturais, o que levou à sua reformulação e à promulgação do Segundo Plano Nacional de Direitos Humanos (Decreto n. 4.229, de 13/05/2002). As críticas foram apresentadas por Jayme Benvenuto Lima Jr, representante do MNDH. Para mais detalhes sobre o PNDH ver nosso texto em CARBONARI, Paulo César. *Realização dos Direitos Humanos*. Coletânea de Referências. Passo Fundo: IFIBE, 2006, p. 77-94.

16. A primeira foi criada na Assembléia Legislativa Gaúcha, em 1980. Hoje todas as Assembléias Legislativas contam com Comissões de Direitos Humanos.

17. Vários Estados, entre eles São Paulo, Paraíba, Rio Grande do Norte, para citar alguns, elaboraram Planos Estaduais. Para o desenvolvimento deste processo firmou-se um Convênio entre a Secretaria Nacional de Direitos Humanos e o Núcleo de Estudos da Violência (NEV/USP). O MNDH teve papel determinante, subsidiado pela Misereor, desenvolveu atividades de capacitação para a construção de Planos em mais de 15 estados.

18. Já são 16 os Estados que criaram e mantêm Conselhos Estaduais de Direitos Humanos. Para aprofundamento

do tema, entre outros: PINTO LIRA, Rubens. Os conselhos estaduais de direitos do homem e do cidadão e a democracia participativa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, ano 33, nº 130, abr-jun 1996, p. 175-182. Aprofundamos o assunto em CARBONARI, 2006, p. 55-75.

19. Promulgada em 30/12/2004. Inclui um novo § 3º no artigo 5º, que tem a seguinte redação: "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". Inclui um novo § 4º com o seguinte texto: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

20. A controvérsia sobre o status dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito do sistema jurídico interno tem posições divergentes: a posição majoritária dos Tribunais Superiores é de que o status é de legislação ordinária (Para uma panorâmica sobre o assunto, entre outros, ver: PANDJIARDJIAN, Valéria. *O Brasil e os Tratados Internacionais: a CEDAW e o Protocolo Facultativo*. Brasília: Agende, 2000 (mimeo)); porém, entre os juristas, há posições divergentes e que consideram o status constitucional dos tratados (Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan defendem status constitucional (Ver, entre outros: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.) *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2.ed. San José, Costa Rica: IIDH/CICV/ACNUR/CE/ASDI, 1996; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002).

21. Resultou de uma iniciativa conjunta entre Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), Comissão Pastoral da Terra (CPT) e Rede de Informação e Ação pelo Direito a se Alimentar (FIAN Brasil). Trata-se da tradução de texto produzido pelo Secretariado Internacional da FIAN.

22. Rede continental que reúne organizações da sociedade civil que atuam nestes temas, sobretudo em DhESC (ver www.pidhdd.org). É de 24/07/1998 a Declaração de Quito sobre a Exigibilidade dos DESC, na qual figuram organizações brasileiras como signatárias (MNDH, FASE, AJUP, Fundação Ford Brasil). A articulação definitiva e a formação da Plataforma DhESCA Brasil somente veio a ocorrer definitivamente em 2000. Mais informações em www.dhescbrasil.org.br

23. A atuação brasileira foi inédita, já que, pela primeira vez, o Comitê recebeu o informe da sociedade civil antes do informe oficial. O governo apresentou o informe oficial

em agosto de 2001. A apreciação pelo Comitê deu-se em maio de 2003 e resultou em suas observações conclusivas com recomendações ao Estado brasileiro. Uma sistematização deste processo está em PLATAFORMA DHESC BRASIL. *Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. O Cumprimento do PIDESC pelo Brasil. Resumo Executivo do Contra Informe da Sociedade Civil, Observações Conclusivas do Comitê, Comentários. Brasília: Plataforma DhESC Brasil, 2003.

24. Em 2002, Jean Ziegler, sobre direito à alimentação; em 2003, Asma Jahangir, sobre execuções sumárias, e Katharina Tomasevski, sobre direito à educação; em 2004, Miloon Kothari, sobre o direito à moradia adequada, Leandro Despouy, sobre independência do Poder Judiciário e Arjun Sengupta, expert independente sobre direito ao desenvolvimento; em 2005, Hina Jilani, sobre proteção de Defensores.

25. O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos através do Decreto Legislativo nº. 89, de 03/12/ 1998. Com isso o § 1º do artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos passa a ter vigência no Brasil. Até o momento há apenas um caso brasileiro na Corte (Caso C 139 – Damião Ximenes Lopes). Tem origem na denúncia nº 12.237, recebida pela Secretaria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 22/11/1999. São dois casos de Medidas Cautelares: Presídio Urso Branco, RO (Resoluções de 18/06 e 29/08 de 2002, de 22/04 e 07/07 de 2004 e de 21/09/2005); e FEBEM Tatuapé, SP (Resoluções de 17 e de 30/11/2005). Informações disponíveis no sítio oficial da CIDH, em www.corteidh.or.cr Acesso 10/07/2006. Destaque-se neste sentido a atuação do CEJIL como importante agente de incentivo ao uso do Sistema Interamericano. A partir de seu incentivo nasceram várias iniciativas, entre as quais o *Programa dh internacional*, coordenado pelo MNDH e pelo GAJOP.

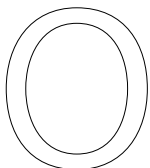
26. Estima-se que o processo da IX Conferência Nacional, realizada de 29 de junho a 02 de julho de 2004 em Brasília, antecedida de 26 Conferências Estaduais e uma Distrital tenha envolvido diretamente, seja nas atividades seja em processos preparatórios em torno de 20 mil pessoas.

27. Em termos sistemáticos, o tema da IX Conferência Nacional de Direitos Humanos (2004), a construção de um Sistema Nacional de Direitos Humanos (SNDH), resume de maneira substantiva todo este processo e abre novidades significativas. Mas, ainda parece estar longe da agenda política, ao menos aquela dos mandatários de turno, em todos os níveis. Para mais detalhes sobre a proposta ver: MNDH. *Sistema Nacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Proposta para Debate. Brasília: MNDH, 2001; e MNDH. *Caderno de Estudos: Sistema Nacional de Direitos Humanos (SNDH)*. Brasília: MNDH, 2004.

Ética, Direitos Humanos e Mediação de Conflitos

Carlos Eduardo de Vasconcelos¹

1.: A moral pós-convencional da modernidade



Estado Democrático de Direito na modernidade tardia deste início de século XXI, tendo que lidar com a complexificação funcional, é levado a aumentar os seus encargos, o que significa mais legalização, burocratização e judicialização; ao passo que a sociedade complexa que o justifica demanda a diferenciação funcional, que contemple uma pluralidade de meios e a co-responsabilidade, no ambiente de uma moral pós-convencional.

O pluralismo democrático vai atenuando os antigos vínculos de mera dependência ao “príncipe” e tecendo relações de interdependência, nos planos interno e internacional. Foros internacionais cada vez mais ativos e abrangentes são promovidos por iniciativa dos Estados, do mercado e da sociedade mundial.

A crescente complexidade da vida social acolhe as doutrinas razoáveis, democráticas, mas também contempla as crenças abrangentes, autocráticas. O dissenso ou conflito resultante dessa complexidade impõe-nos um esforço de compreensão dos valores da moralidade universalista subjacente, em sua diversidade pós-convencional.

Eis, adiante, algumas contradições da modernidade, referidas por Marcelo Neves, a partir das idéias de Luhmann e Habermas².

Segundo Luhmann, consoante a teoria dos sistemas, a sociedade moderna assenta-se na hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação. Isto em virtude do desaparecimento da moral tradicional de conteúdo hierárquico, válida para todas as esferas de agir e vivenciar, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos (autopoieticos) reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados e influenciados pelos respectivos ambientes.

Estaria havendo uma fragmentação da moral na sociedade, no sentido de que o código moral consideração/desprezo reproduz-se difusamente, não se desenvolvendo a partir dele generalização congruente de expectativas de comportamento, pela ausência de consenso suposto em torno de programas ou critérios morais. Com isto estaria ocorrendo uma neutralização da moral na reprodução dos respectivos sistemas funcionais.

Já Habermas, consoante a teoria do discurso, refere que a sociedade moderna resulta do desenvolvimento das estruturas da consciência, no sentido da superação das repre-

sentações morais pré-convencionais e convencionais e o advento de uma moral pós-convencional, universalista. Tudo isto em virtude de uma clara diferenciação entre sistema e “mundo da vida”, entendido o sistema como espaço de intermediação do “agir racional-com-respeito-a-fins” (instrumental e estratégico) e “mundo da vida” como o horizonte dos “agentes comunicativos” orientados na busca do entendimento intersubjetivo.

Conforme o referido autor, na modernidade prevalece uma intersubjetividade, uma “esfera pública” discursivamente autônoma com relação aos meios sistêmicos de poder político e econômico. Essa racionalização do “mundo da vida” seria o elemento identificador da modernidade e a própria base da construção sistêmica.

Marcelo Neves procura, então, destacar, para além das diferenças conceituais, as semelhanças entre as abordagens de Luhmann e Habermas. Apesar da contraposição do modelo luhmanniano, que aponta para uma fragmentação e neutralização da moral, ao paradigma habermasiano de afirmação de uma moral pós-convencional e universalista, as duas teorias aproximam-se, na medida em que se referem à superação da moral tradicional conteudística e hierárquica.

Ademais, se, por um lado, Luhmann enfatiza o dissenso, o conflito, em torno dos conteúdos morais da sociedade moderna, Habermas discute a construção do consenso mediante procedimentos com potencialidade normativa universal, sem desconhecer aquela diversidade dos conteúdos normativos.

Com propriedade acentua Marcelo Neves, numa feliz releitura desses dois paradigmas teóricos, que a modernidade, em face da ampla divergência em torno de conteúdos morais ou valorativos, implica a exigência funcional e normativa da absorção do dissenso conteudístico através do consenso procedimental.

Assim, de ambos os paradigmas podem ser retirados elementos conceituais que fundamentam novos paradigmas para o Estado Democrático de Direito e as condições limitantes da sua instrumentalização.

2.: Ética normativa e a moralidade contemporânea.

Quais serão, pois, as condutas morais que caracterizam a modernidade deste início de século?

Sabemos que a ética normativa tem por objeto o estudo histórico-filosófico ou conceitual da moralidade (agir humano). Conforme Eduardo Bittar, as éticas normativas têm sido estudadas em dois grandes grupamentos³. Grupamento das éticas normativas teleológicas, para as quais a noção primordial é a de que a ética deve conduzir a um

fim natural, ou à felicidade, ou ao bem-estar, ou à utilidade geral (Sócrates, Platão, Aristóteles, Epicuro, Hume, Bentham, Stuart Mill...) e o grupamento das éticas normativas deontológicas, para as quais a noção primordial é a da necessária e imperativa obediência ética pela consciência do dever e da responsabilidade individual ou social (Tomás de Aquino, Kant, Rousseau, Kelsen...).

Consoante a ética normativa teleológica, ou de responsabilidade, o agente não deve desinteressar-se pelos efeitos concretos das suas ações ou decisões, sob o pretexto de que só lhe cabe, moralmente falando, cumprir o seu dever, ou agir com uma reta intenção. Se ele pode razoavelmente prever, com base na razão, experiência e sensibilidade, que determinado comportamento, ainda que ditado pelos preceitos morais, produzirá conseqüências nefastas, e não obstante ele o pratica, manifesta com isto uma irresponsabilidade viciosa.

Consoante a ética normativa deontológica, ou da convicção do dever, o que conta é exclusivamente a boa intenção do agente, ou seja, o fato de que ele teve, ao agir, aquela vontade moralmente boa, a vontade movida pela virtude, a qual, para Kant, deve ser tida como uma finalidade em si mesma das ações humanas. Não cabe a preocupação com os efeitos dos atos praticados, ou das decisões tomadas em obediência ao dever ético. Parte-se do postulado de que o bem advém do bem e o mal do mal. Nenhuma possibilidade de mistura entre o bem e o mal, entre a virtude e o vício, é moralmente aceitável.

Com o desenvolvimento das instituições democráticas e dos direitos humanos, uma ética neocontratualista (Rawls, Habermas, Bobbio, Comparato...), focada, sobretudo, na dinâmica dos direitos/instituições, agrega elementos de razoabilidade teleológica à racionalidade da ética deontológica.

A ética deontológica, especialmente a partir de Kant, é reconhecida como fundamento da modernidade jurídica. Kant racionalizou e esclareceu a distinção entre a moral (unilateral, incoercível e autônoma) e o direito (heterônomo, coercível, bilateral e institucionalizado). No entanto essa ética kantiana, com a recusa de qualquer consideração sobre as conseqüências práticas do rigoroso cumprimento dos deveres, tem sido largamente questionada pelo pensamento contemporâneo.

Com efeito, a moral não hierárquica da modernidade, assentada em imperativos hipotéticos, contempla uma ética prevalentemente teleológica, no sentido de ancorar a virtude à razoabilidade dos resultados. Em meio aos dissensos, busca-se uma moral universalista, que acolha um pluralismo feito de doutrinas razoáveis, numa negociação institucional, político-jurídica, sobre o conceito e a práxis da dignidade da pes-

soa humana. E a dignidade da pessoa humana é o critério principiológico para avaliar os limites da utilidade, pois os fins, por si sós, não justificam os meios.

João Maurício Adeodato⁴ refere que a ação e o posicionamento do homem diante da vida fazem a realidade do direito (estabilização institucional da intersubjetividade). E acentua que a teoria jurídica em seus diversos matizes, que legitimamente pretende a objetividade epistemológica, não logra alcançar uma hierarquia de critérios que determinem as alternativas, pois não consegue sugerir diretrizes de conduta para futuros conflitos e, muito menos, para todo o sempre. E aponta para a complementaridade entre a descrição ontológica do direito e o arcabouço que dela resulta, e que precisa ser e será preenchido por opções efetivas que, por sua vez, constituirão o que chamamos a realidade jurídica.

Com efeito, o direito moderno tende a ajustar-se, a despeito dos seus limites formais, a uma moral pós-convenção, em meio à globalização, ao cosmopolitismo, a um pluralismo universalista com foco na dignidade da pessoa humana, e a liberar-se de antigos padrões individualistas e patrimonialistas.

Convém, no entanto, reconhecer que a modernidade tece, deseja e, ao mesmo tempo, teme essa multiplicidade de culturas e formas, esse nomadismo “pós-moderno”. Teme a incerteza dessa liberdade ampliada e os riscos do seu abuso. É liberdade demais para seres há milênios acostumados à imposição e à submissão. É este medo da liberdade, este despreparo no lidar com relações cosmopolitas e pouco tuteladas, o principal desafio de uma moral pós-convenção. Melhor seria se estivéssemos preparados para tirar proveito do pluralismo, da diferença, com serenidade e que os vínculos de solidariedade fossem suficientes para assegurar um universalismo de afetos e cumplicidades.

Conforme John Rawls,⁵ para que possamos usufruir dessa nova liberdade, desse universalismo, não devemos ter como referência uma ética individualista, mas uma ética que se desenvolve no âmbito de instituições justas, uma vez que a espécie humana forma uma comunidade cujos membros gozam das qualidades e das personalidades uns dos outros, de acordo com o que é tornado possível por instituições livres. Pois essa ética do social prevalece sobre uma ética do individual, figurando a justiça como sendo a virtude primeira de todas as instituições sociais.

Com efeito, instituições livres criam o ambiente propício a um desenvolvimento justo e libertário. Conforme demonstrado por Amartya Sen - prêmio Nobel de economia em 1996 - as diversas liberdades reforçam-se reciprocamente. Segundo Sen⁶, *“As liberdades políticas (sob forma de livre*

expressão e de eleições) ajudam a promover a segurança econômica. As oportunidades sociais (sob a forma de serviços de educação e de saúde) facilitam a participação econômica. Os dispositivos econômicos (sob a forma de oportunidade de participar no comércio e na produção) podem ajudar a gerar tanto a riqueza pessoal como os recursos públicos destinados aos serviços sociais. As liberdades de diferentes espécies podem reforçar-se umas às outras”.

As pesquisas de Sen comprovam que, com as oportunidades sociais, os indivíduos podem efetivamente dar forma ao seu destino e ajudar-se uns aos outros, e nunca devem ser tratados como receptáculos passivos dos benefícios de artificiosos programas de desenvolvimento.

Mas é necessário que os vínculos de solidariedade não sejam esmaecidos pela ilusão individualista. Os valores que se expandem nessas sociedades abertas, complexas e interdependentes da modernidade do século XXI carecem de uma consciência recursiva dessa interdependência e, portanto, da solidariedade. Precisamos de um reforço na consciência da relação entre as instituições, a liberdade, a responsabilidade, a honestidade e o altruísmo.

Com efeito, o desenvolvimento como liberdade é uma conquista inalienável e recente, a ser vivenciada com responsabilidade. Sem relações honestas, de onde possa resultar a confiança recíproca, e sem altruísmo (ética de alteridade) seremos vencidos pela incompreensão e pela violência.

A nossa experiência vem constatando que honestidade e altruísmo nas condutas institucionais são imprescindíveis ao justo desenvolvimento de um protagonismo responsável, com vistas à estabilidade democrática, à igual liberdade, à igualdade de oportunidades e à existência digna. Esses valores constituem requisitos do princípio universal da dignidade da pessoa humana; corolário das constituições dos estados democráticos do mundo civilizado.

3.: Princípios, perfis e postura em mediação.

O que são princípios?

Os princípios éticos são normas objetivas e fundamentais, relacionadas às virtudes subjetivas. São, portanto, normas fundamentais de conteúdo axiológico, cujo sentido é dado pelos valores éticos. Referem-se, em última análise, à dignidade da pessoa humana, reconhecida como postulado supremo da vida social, com seus atributos de honestidade (veracidade) e altruísmo (amor).

E quais seriam esses princípios éticos fundamentais, em apoio ao postulado da dignidade da pessoa humana?

São os princípios da igualdade de oportunidades, da existência digna (ou solidariedade), da igual liberdade e da estabilidade consensual (democrática).

a) O princípio da igualdade de oportunidades, como fundamento do respeito à diferença e à proporcionalidade. b) O princípio da existência digna, como fundamento das atitudes e das políticas compensatórias de solidariedade social. c) O princípio da Igual liberdade, como fundamento de relações igualmente autônomas e emancipatórias. d) O princípio da estabilidade democrática, como fundamento dos acessos universais e pacíficos à justiça e à segurança.

Na ética em geral e no direito em particular, deve-se entender que não há hierarquia entre os princípios, mas deve-se estabelecer a ponderação entre eles na dinâmica das condutas (plano da moral, do costume, da aplicação do direito). Dos princípios decorrem regras, estas sim, reveladoras das contingências sociais e dos conflitos daí decorrentes. As éticas normativas deontológicas tendem à geração de regras coercitivas (imperativo categórico), enquanto que a ética normativa teleológica tende a contemplar regras persuasivas de responsabilidade social (imperativo hipotético).

Quais os princípios éticos específicos, que regem o procedimento de mediação?

São princípios éticos específicos aplicados à mediação de conflitos aqueles considerados como fundamentais à atuação de terceiros em situações e procedimentos justos e voluntários.

Conforme o Código de Ética para mediadores do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, os seguintes princípios devem ser adotados pelo mediador:

a) independência (o facilitador ou o mediador não deve ser parente, dependente, empregador, prestador, tomador de serviços ou amigo íntimo de algum mediando). O princípio da independência diz respeito, portanto, às condições objetivas e não aos aspectos subjetivos do comportamento;

b) imparcialidade (os mediados e respectivos interesses devem ser tratados com igualdade, com isenção). Diferentemente do que ocorre no tocante ao princípio da independência, é a conduta isenta do mediador a medida da imparcialidade. Deve-se esclarecer que não se espera do mediador uma neutralidade, haja vista o seu inevitável envolvimento emocional durante o processo. Espera-se, no entanto, que esse envolvimento não comprometa

a sua isenção. O conceito de neutralidade pode ser adotado nos conflitos internacionais, considerando-se neutro o mediador de um terceiro país não envolvido nesse conflito.

c) credibilidade (o facilitador ou o mediador deve ser idôneo e merecedor da confiança). Em mediação a confiança é essencial e antecede a aptidão. Daí a nossa insistência no entendimento da moral contemporânea e na incorporação dos valores da honestidade e do altruísmo;

d) aptidão (o facilitador e o mediador devem ter a capacitação necessária para atuar naquele tipo de conflito). As improvisações que setores do Poder Judiciário praticam ou praticaram em relação às conciliações judiciais afronta o princípio da aptidão. Neste livro trazemos comentários a respeito da indispensável formação ou capacitação de mediadores;

e) confidencialidade (o facilitador, o mediador, os mediados e quaisquer outras pessoas que participem ou observem a mediação se obrigam a guardar sigilo a respeito do que ali for revelado). A boa-fé, a transparência, entre os mediados devem ser construídas num ambiente de confiança, que supõe o compromisso irrevogável de sigilo. O princípio da confidencialidade supõe que as revelações ocorridas durante uma mediação não podem ser utilizadas em outro ambiente, judicial ou não, sem a prévia anuência de ambos os mediados.

f) diligência (o facilitador ou o mediador deve colaborar com o máximo de dedicação). Não há diligência sem esmero e paciência. O tempo da mediação é ditado pela complexidade do caso e pelas necessidades dos mediados. Não cabe ao mediador impor tempos e modos. Ser diligente é deixar fluir a mediação, em uma ou várias reuniões, com plena oportunidade para a restauração de relações e viabilização do entendimento.

Para nortear a atuação e zelar pela ética de mediadores, árbitros e instituições especializadas em mediação e arbitragem foi instituído o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA (www.conima.org.br), associação civil sem fins lucrativos, com atuação e articulações em âmbitos nacionais e internacionais.

Qual é o perfil (identidade), que se espera do mediador?

As pessoas podem ser enquadradas, simplificada, em um dos quatro perfis comportamentais adiante elencados: a) perfil competitivo, quando a preocupação com os valores e necessidades do outro é baixa e é alta a preocupação com os seus próprios valores e necessidades; b)

perfil acomodado, quando a preocupação com os valores e necessidades do outro é alta e é baixa a preocupação com seus próprios valores e necessidades; c) perfil evitativo, quando é baixa a preocupação com os valores e necessidades em geral e d) perfil cooperativo, quando tanto a preocupação com os seus valores e necessidades quanto à preocupação com os valores e necessidades do outro é alta.

Enfim, ao Mediador convém um perfil cooperativo. O mediador cooperativo estará mais preparado para lidar com as emoções. Terá uma postura firme, capaz de inspirar confiança aos mediandos.

O mediador deve estar habilitado a praticar os seus conhecimentos sobre conflito e comunicação construtiva. Deve optar por uma mesa redonda em ambiente que facilite a descontração, sem hierarquia, podendo preferir que todos se sentem em círculo, dispensando a mesa. Um ambiente o mais natural, com prevalência das cores verde e azul, é recomendado. A descontração de um ambiente de mediação supõe senso de humor, amorosidade, serenidade. Convém um fundo musical suave e sutil.

A consciência das próprias limitações e talentos em face do caso concreto é imprescindível. Nem sempre estamos em condições emocionais ou intelectuais para conduzir uma determinada mediação.

4.: Direitos Humanos para mediar.

Em verdade, após dez mil anos de estabilidade hierárquica, autoritária, opressiva, patrimonialista, novas e libertárias relações estão sendo desenvolvidas; às vezes, no entanto, com rapidez e intensidade superiores à capacidade média de absorção pelo cidadão comum. Aí está uma das razões para essa generalizada perplexidade e desorientação.

Então, algumas perguntas devem ser formuladas. Como lidar com a falta daquelas utopias sólidas, baseadas em certezas absolutas, que por tantos milênios nos acompanharam? Como enfrentar a falta daquelas âncoras do passado: a tradição, a autoridade, o protetor, a submissão? Como aprender que liberdade e igualdade completam-se, necessariamente, no sentido de igual liberdade e igualdade de oportunidades, sob uma estabilidade dinâmica, porque democrática e, portanto, relativizada? Como conviver com os sentimentos de perda e com as crenças abrangentes de comunidades e povos irmãos que ainda se apegam às regras litúrgicas de teocracias autoritárias?

O fundamental, portanto, é manter uma atitude observadora, amorosa e serena de respeito à diferença, para que

os princípios éticos não sejam sufocados por regras de aplicação mesquinhas ou anacrônicas.

Ou aprendemos a lidar com essas complexidades ou seremos tragados pelo dissenso e levados a reproduzir o discurso dos saudosistas. Seremos levados a afirmar que o nosso atual conflito decorre da falta de utopias sólidas baseadas em certezas absolutas; da falta de tradição, autoridade e proteção hierarquizadas; da falta daquela certeza rotineira da vida rural; enfim, da falta de uma estabilidade que amortecia ou reprimia os anseios de liberdade e de igualdade. Serão estes os valores que realmente queremos ou estes são valores dos quais, em verdade, ainda estamos nos libertando?

Em livro recentemente publicado, acentuamos que⁷ é justamente porque ousamos superar esses valores tradicionais que estamos dramaticamente, urgentemente, tendo que aprender a persuadir em vez de coagir; a compreender o limite da autonomia da vontade em face de igual liberdade; a substituir a proteção paternalista pela igualdade de oportunidades; a nos libertar das crenças abrangentes, absolutistas e acolher doutrinas razoáveis, pluralistas, universalistas; a substituir fantasias de perfeccionismo por utopias humanizadas; a considerar as diferenças em vez de rejeitar o diferente; a aperfeiçoar as instituições democráticas e contemplar os direitos humanos em vez de priorizar a segurança do “príncipe”.

É nesse contexto intersubjetivo que está situada a importância de uma cultura de diálogo, de persuasão e de mediação de conflitos.

Estamos, pois, em face de novos e renovados valores. Os novos procedimentos do direito no sentido da efetividade do acesso à justiça não dispensam o campo normativo e coativo. Mas comportam um espaço de estruturação e atuação jurídica, preventiva e multidisciplinar, desenvolvido com instrumentos relativamente autônomos, que substituam alternativamente ou suplementem o sistema formal e coativo do Estado.

Na perspectiva dos direitos humanos esta é, sem dúvida, uma das vias de concretização do acesso efetivo à justiça e à segurança; direitos humanos fundamentais. Políticas públicas devem ser pensadas, discutidas e implantadas com as comunidades.

Tudo isto no âmbito de uma mudança paradigmática das instituições responsáveis pela administração de conflitos, que supere a cultura de dominação patrimonialista, elitista, em direção a uma cultura emancipatória, de paz e direitos humanos, imprescindível ao desenvolvimento e ao nosso futuro ecológico sobre a terra.

:. Notas

1. Carlos Eduardo de Vasconcelos¹ é advogado. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/PE. Vice-presidente do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - CONIMA. Membro do Conselho Científico do Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa – IBJR. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco – IAP e do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Professor Universitário.
2. NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 123-136.
3. BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional. 2ª ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 18.
4. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 216.
5. RAWLS, John. O Direito dos Povos. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 7-13.
6. SEN, Amartya. *O Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Joaquim Coelho Rosa. Lisboa: Gradiva, 2003. pp. 26-27.
7. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método. 2008. p 104.

Implementação das Obrigações, Standards e Parâmetros Internacionais de Direitos Humanos no âmbito Intra-governamental e Federativo*

Flavia Piovesan¹

1.: Introdução

Inicialmente gostaria de agradecer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ao International Justice Project o honroso e especial convite para participar desta sessão de trabalho. Cumprimento os membros da Mesa, Clare Roberts, presidente dos trabalhos, Katherine Gorove, Lucie Lamarche e todos os presentes.

A proposta da minha intervenção é focar a “Implementação das Obrigações, Standards e Parâmetros Internacionais de Direitos Humanos no âmbito intra-governamental e federativo”. Destaco, portanto, duas questões que me parecem centrais a este tema:

1. Como compreender o desafio da implementação pelos Estados das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos? Qual é o alcance da responsabilidade internacional dos Estados em matéria de direitos humanos?

2. Quais os mecanismos internos criados pelos Estados (Brasil e demais Estados latino-americanos) para responder a este desafio? Quais as propostas e perspectivas para aprimorar e fortalecer a implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos pelos Estados?

2.: Como compreender o desafio da implementação pelos Estados das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos? Qual é o alcance da responsabilidade internacional dos Estados em matéria de direitos humanos?

Começaria por afirmar que, enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como diz Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas². Compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Real-

çam, sobretudo, a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo.

Tendo em vista este olhar histórico, recorro uma vez mais a Bobbio, ao sustentar que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais³.

Os direitos humanos universais demarcam a vertente de um “constitucionalismo global”, ao consagrar como maiores objetivos: a limitação do poder do Estado (a domesticação jurídica do domínio político) e a proteção a direitos.

É um movimento que, nas palavras de Thomas Buerghental, tem “humanizado o Direito Internacional e internacionalizado os direitos humanos”⁴. Atenta Louis Henkin que o Direito Internacional pode ser classificado em duas grandes fases: o Direito Internacional pré e pós 1945⁵. Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado; isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

Inspirada por estas concepções, em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, como códigos de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados.

A partir destas Declarações, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

Forma-se o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de parâmetros protetivos mínimos a serem respeitados pelos Estados concernentes à preservação da dignidade humana.

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tem por inspiração o princípio da dignidade humana. Daí o princípio da prevalência da norma mais benéfica e mais favorável à proteção dos direitos humanos, advenha ela do Direito Internacional ou do Direito interno.

Importa ainda enfatizar que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos envolvem 4 (quatro) dimensões:

1. fixam um consenso internacional sobre a necessidade de adotar parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos. Os tratados não são o “teto máximo” de proteção, mas o “piso mínimo” para garantir a dignidade humana, constituindo o “mínimo ético irreduzível”. Os Estados podem e devem ir além, jamais aquém destes parâmetros;
2. celebram a relação entre a gramática de direitos e a gramática de deveres, ou seja, os direitos internacionais impõem deveres jurídicos aos Estados (prestações positivas e/ou negativas);
3. instituem órgãos de proteção, como meios de proteção dos direitos assegurados (ex: os Comitês, as Comissões e as Cortes); e
4. estabelecem mecanismos de monitoramento voltados à implementação dos direitos internacionalmente assegurados. (por exemplo, os relatórios, as comunicações interestatais e as petições individuais)

É a partir da feição estrutural dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que se faz possível compreender a chamada “justicialização” dos direitos humanos.

O grande desafio do Direito Internacional sempre foi o de adquirir “garras e dentes”, ou seja, poder e capacidade

sancionatórios. Vale dizer, no âmbito internacional o foco se concentra no binômio: direito da força *versus* força do direito. O processo de justicialização do Direito Internacional, em especial dos direitos humanos, celebra, por assim dizer, a passagem do reino do “direito da força” para a “força do direito”.

Testemunha-se, hoje, o crescente processo de justicialização dos direitos humanos. Pela primeira vez, na história da humanidade, foi instalado um Tribunal Penal Internacional, para julgar os mais graves crimes atentatórios à ordem internacional.

Em face da sistemática atual, constata-se que no sistema global a justicialização operou-se na esfera penal, mediante a criação de Tribunais “ad hoc” (adotados por resoluções do Conselho de Segurança para os casos da Bósnia e Ruanda) e, posteriormente, do Tribunal Penal Internacional. No âmbito penal, a responsabilização internacional alcança indivíduos, perpetradores dos crimes internacionais.

Já nos sistemas regionais (interamericano, europeu e africano), a justicialização operou-se na esfera civil, mediante a atuação das Cortes européia e interamericana, e, futuramente, da Corte Africana, em fase de criação⁶. No âmbito civil, a responsabilização internacional alcança Estados, perpetradores de violação aos direitos humanos internacionalmente enunciados.

Nos sistemas regionais, seja no europeu, seja no interamericano, as Cortes de Direitos Humanos têm assumido extraordinária relevância, como especial “locus” para a proteção de direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas e omissas em fazê-lo. Notem-se, inclusive, avanços dos sistemas regionais europeu e interamericano, no sentido do fortalecimento de sua justicialização.

No sistema regional europeu, com o Protocolo n. 11, que entrou em vigor em 01 de novembro de 1998, qualquer pessoa física, organização não-governamental ou grupo de indivíduos pode submeter diretamente à Corte Européia demanda veiculando denúncia de violação por Estado-parte de direitos reconhecidos na Convenção (conforme o artigo 34 do Protocolo). Houve, assim, a democratização do sistema europeu, com a previsão de acesso direto de indivíduos e organizações à Corte Européia de Direitos Humanos.

Já no sistema interamericano, de acordo com o artigo 44 do novo Regulamento da Comissão Interamericana, de maio de 2001, se a Comissão considerar que o Estado não cumpriu as recomendações de seu informe, aprovado nos termos do artigo 50 da Convenção Americana, submeterá

o caso direta e automaticamente à Corte Interamericana, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão. O novo Regulamento permite, assim, o fortalecimento do sistema interamericano, mediante sua justicialização.

Contudo, o aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, através de sua justicialização, requer dos Estados que criem mecanismos internos capazes de implementarem as decisões internacionais no âmbito interno. Os Estados devem garantir o integral cumprimento das decisões internacionais, sendo inadmissível sua indiferença e silêncio, sob pena de afronta ao princípio da boa fé. Importa frisar que os parâmetros consagrados na ordem internacional, no campo dos direitos humanos, são parâmetros protetivos mínimos, livremente acolhidos pelo Estado, quando da incorporação de instrumentos internacionais, no pleno exercício de sua própria soberania.

No dizer de Cançado Trindade: “O futuro da proteção internacional dos direitos humanos depende em grande parte da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação”.⁷

Transita-se, deste modo, à reflexão final:

2.: Quais os mecanismos internos criados pelos Estados (Brasil e demais Estados latino-americanos) para responder ao desafio da implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos? Quais as propostas e perspectivas para aprimorar e fortalecer esta sistemática?

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

No que tange à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distin-

guindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 5o, parágrafo 2º, da Carta Brasileira, que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Importa ressaltar que estas Constituições, na qualidade de marcos jurídicos da transição democrática nestes países, consagram o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional, mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. Observe-se que a Convenção Americana, ratificada por 25 Estados (sendo que 22 aceitam a jurisdição da Corte Interamericana), traduz a força de um consenso a respeito de direitos básicos a serem garantidos em nossa região.

Contudo, o balanço dos casos submetidos à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos reflete a fragilidade democrática de nossa região, no que tange à universalização de direitos. Basta atentar que a maioria significativa destes casos envolve a violação a direitos civis – especialmente aos direitos à vida e à integridade física. Destacam-se, nesse sentido, casos denunciando execuções sumárias; detenções ilegais e arbitrárias; julgamentos injustos; desaparecimentos forçados; tortura; impunidade face à incapacidade do Estado em investigar, processar e punir; bem como o grave padrão de violação aos direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as mulheres, as crianças e adolescentes, as populações afro-descendentes. Há, ainda, a gradativa emergência de casos afetos a violação dos direitos sociais (por exemplo: caso Baena Ricardo, relativo à demissão injustificada de trabalhadores no Panamá; casos envolvendo o pagamento de pensões; casos referentes ao fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV).

Estes casos, via de regra, são encaminhados à Comissão Interamericana por entidades não-governamentais de defesa dos direitos humanos, de âmbito nacional ou inter-

nacional e, muitas vezes, pela atuação conjunta dessas entidades. Daí a importância da sociedade civil, ao revelar um protagonismo vital à dinâmica do sistema interamericano.

Nossas Democracias começam a incorporar a gramática dos direitos humanos. Na experiência brasileira, apenas após a Constituição democrática de 1988 é que foi elaborada a mais vasta normatividade de direitos humanos, inclusive com a adoção de Programas Nacionais e Estaduais de Direitos Humanos, convertendo os direitos humanos em política pública, em política de Estado.

Diante deste quadro marcado: 1) por graves e sistemáticas violações de direitos humanos; 2) por Democracias em fase de consolidação, que passam a apropriar-se da gramática dos direitos humanos, rompendo com o denso legado dos regimes autoritários, bem como com as suas práticas; e 3) pelo monitoramento internacional e pela responsabilização internacional dos Estados em direitos humanos, indaga-se: Quais os mecanismos internos criados pelos Estados visando à implementação das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos?

A resposta a esta indagação demanda um breve exame das experiências desenvolvidas em nossa região, particularmente no Brasil, Peru, Honduras, Venezuela, Costa Rica, Colômbia e Argentina, visando à execução interna das decisões internacionais.

No caso brasileiro, em outubro de 2002, foi expedido o Decreto n.4433/02, que instituiu a Comissão de Tutela dos Direitos Humanos no âmbito da Secretaria de Estado de Direitos Humanos, órgão integrante do Poder Executivo Federal. O objetivo de tal Comissão é: a) acompanhar a negociação de soluções amistosas entre os entes federativos envolvidos e os peticionários, no âmbito do sistema interamericano; b) acompanhar a defesa da Brasil nos casos submetidos à Comissão Interamericana e à Corte; c) realizar a interlocução dos órgãos dos entes federados com os órgãos do sistema interamericano e d) fiscalizar as dotações orçamentárias alocadas anualmente pelo tesouro nacional com vistas à implementação do decreto. Contudo, até o presente momento, este Decreto tem apresentado reduzida efetividade.

Há também um projeto de lei pendente de apreciação no Congresso, disciplinando os efeitos jurídicos das decisões dos organismos internacionais de direitos humanos. Três são as suas disposições:

a) as decisões internacionais produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro (afastando, assim, a necessidade de homologação

da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, exigível em caso de sentença estrangeira);

b) as decisões de caráter indenizatório estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal, sendo que o valor indenizatório respeitará os parâmetros internacionais;

c) o cabimento de ação regressiva da União contra o Estado, as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelo ilícito.

Contudo, foi apresentada emenda substitutiva ao projeto, prevendo a necessidade de homologação judicial das decisões internacionais, com o argumento de que seriam “sentenças estrangeiras” proferidas por “órgão jurisdicional alienígena”, sob pena de afronta aos princípios da autonomia e exclusividade da jurisdição e soberania. Daí a resistência formada em relação ao projeto.

A aprovação do projeto, em sua versão original, significaria um avanço, na medida em que afastaria qualquer óbice referente à produção dos efeitos jurídicos imediatos das decisões na ordem jurídica interna, bem como endossaria a responsabilidade internacional da União (particularmente no campo indenizatório), permitindo ação regressiva desta em face do ente causador da violação. Note-se que, na maioria dos casos brasileiros em exame pelos órgãos do sistema interamericano, as violações decorrem de ação ou omissão de agentes públicos das unidades federativas. Todavia, o artigo 28 (2) da Convenção Americana (cláusula federal) estipula que, no tocante à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua Constituição e suas leis, a fim de que as autoridades estaduais competentes possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento da Convenção.

No Peru, a Lei 23506/82 (Lei de Habeas Corpus e Amparo), em seu artigo 40, estabelece que “as resoluções dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos não requerem, para sua validade e eficácia, reconhecimento, revisão, nem exame prévio, e a Corte Suprema recepcionará tais resoluções, dispondo sobre sua execução e cumprimento, em conformidade com as normas e procedimentos internos vigentes sobre execução de sentença”.

Em Honduras, a Constituição de 1982, em seu artigo 15, determina que o Estado de Honduras obriga-se ao cumprimento das decisões dos organismos internacionais.

Na Venezuela, de igual modo, a Constituição de 1999, prescreve, em seu artigo 31, que o Estado adotará as

medidas que sejam necessárias para dar cumprimento às decisões emanadas de órgãos internacionais de direitos humanos.

A Costa Rica, por sua vez, assinou um acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se compromete a conferir às decisões da Corte a mesma força obrigatória das decisões emitidas pelo Poder Judiciário nacional. Prevê, ainda, uma dotação orçamentária específica destinada ao cumprimento das decisões da Corte.

Na Colômbia, a Lei 288/96, instituiu mecanismo que obriga o Governo Nacional a pagar indenizações, em cumprimento às decisões dos organismos internacionais.

Na Argentina, há um projeto de lei que prevê um Comitê de Ministros (integrado pelos Ministros da Relações Exteriores, Justiça, Economia,...) visando ao cumprimento no âmbito interno das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Conclui-se, assim, que os países de nossa região começam a assumir e a enfrentar o desafio da implementação no âmbito interno das decisões emanadas do sistema interamericano. As respostas são escassas, recentes e não apresentam o mesmo formato. Convergem, em geral, ao reconhecer expressamente que as decisões internacionais têm eficácia imediata e força obrigatória no âmbito interno, cabendo aos Estados seu integral cumprimento. Divergem na forma de executá-la: ora conferindo maior ênfase ao papel do Poder Judiciário (por exemplo, no Peru); ora ao papel do Poder Executivo (por exemplo, no Brasil).

Considerando estas experiências, encerraria lançando 7 (sete) propostas para aprimorar e fortalecer a implementação pelos Estados das obrigações, standards e parâmetros internacionais em matéria de direitos humanos:

1. promover, em cooperação com os órgãos do sistema interamericano, programas de ampla capacitação em Direito Internacional dos Direitos Humanos aos agentes públicos dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, nas diversas esferas federativas, a fim de difundir e disseminar a importância do cumprimento das obrigações internacionais em direitos humanos pelos Estados, bem como de sua responsabilidade internacional. Há que se endossar aos agentes públicos o impacto internacional de suas ações, bem como suas diversas responsabilidades internacionais no campo dos direitos humanos (a título ilustrativo, cabe ao poder Legislativo harmonizar o direito interno à luz dos parâmetros protetivos internacionais; cabe ao poder Judiciário decidir em conformidade com tais parâmetros protetivos, valendo-se da jurisprudência do sistema interame-

ricano; cabe ao poder Executivo adotar políticas públicas compatíveis com as obrigações internacionais).

2. reconhecer expressamente, por medidas legislativas, que as decisões internacionais em matéria de direitos produzem efeitos jurídicos imediatos e obrigatórios no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa fé. Como dispõe a Convenção de Viena: “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser observado por elas de boa fé. (...) Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.” Ainda, como decorrência deste princípio, enfatizar a juridicidade dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica interna, encorajando sua incorporação automática e a sua hierarquia privilegiada no sistema, na qualidade de relevantes instrumentos a ampliar e a fortalecer o sistema nacional de proteção destes direitos, tendo em vista o princípio da prevalência da norma mais benéfica. Encorajar a ratificação universal da Convenção e o reconhecimento da jurisdição da Corte por todos os Estados.

3. adotar disposição normativa e mecanismos internos para disciplinar a execução e o integral cumprimento no âmbito interno das decisões internacionais em matéria de direitos humanos, que não podem depender da boa vontade, da improvisação ou do amadorismo de determinada gestão governamental, mas devem ser pautadas por uma sistemática institucionalizada. Destaca-se, aqui, o artigo 2º da Convenção Americana, ao consagrar o dever do Estado de adotar as disposições de direito interno para assegurar o livre e pleno exercício dos direitos enunciados na Convenção.

4. elaborar, no âmbito do sistema interamericano, princípios, parâmetros, diretrizes ou guidelines para inspirar e orientar os Estados no cumprimento das decisões internacionais (cite-se, a título de exemplo, os princípios de Paris, adotados pela ONU, com relação à criação de instituições nacionais de direitos humanos).

5. reforçar, nos Estados federados, a responsabilidade da União no que tange à execução e ao cumprimento das decisões internacionais no plano interno, cabendo a ela responsabilizar, posteriormente, o ente violador. Esta sistemática mostra-se a mais adequada, considerando: a) o princípio da boa fé no Direito Internacional; b) a responsabilidade internacional do Estado (tal responsabilidade é una no campo internacional; não pode o Estado esquivar-se do cumprimento de suas obrigações internacionais sob o manto do princípio da separação dos poderes ou da

cláusula federativa); c) os direitos da vítima (na medida em que não seria razoável impor-lhe uma 4ª fase para obter o cumprimento da decisão internacional, considerando que na 1ª fase houve o esgotamento prévio dos recursos internos; na 2ª fase o caso tramitou perante a Comissão Interamericana e na 3ª fase perante a Corte Interamericana). Caso a União não cumpra, de forma livre e espontânea, a decisão internacional, poderia ser deflagrada a 4ª fase, a envolver a justicialização do caso na esfera interna, em conformidade com o processo interno vigente para execução de sentença contra a o Estado (art. 68 da Convenção). Encorajar, ademais, a responsabilidade dos entes federados para que, espontaneamente, cumpram suas obrigações internacionais. Contudo, caso não as cumpram, reitere-se a responsabilidade da União.

6. estreitar e fortalecer a articulação e interlocução das diversas esferas federativas e instâncias do próprio governo, para prover a plena implementação das decisões internacionais. Como especial estratégia, sugere-se envolver, ao máximo, os agentes estaduais e locais na resolução dos casos pendentes no sistema interamericano, evitando o isolamento do Poder Executivo Federal⁸ (por exemplo, mediante a efetiva participação daqueles nas audiências da Comissão Interamericana; tal estratégia teria grande poder simbólico e pedagógico). Reforçar a responsabilidade dos entes federados na prestação tempestiva de informações; na responsabilização dos autores das violações; na adoção de medidas preventivas para evitar a repetição de violações de direitos humanos. Há que se fomentar o sentido de uma co-responsabilização dos entes federados em matéria de direitos humanos, demarcando-se o impacto internacional de suas ações e omissões.

7. aprimorar o sistema de supervisão do cumprimento das decisões do sistema interamericano, mediante: a) o seguimento das decisões da Comissão e da Corte Interamericana (por exemplo, estabelecer um procedimento de supervisão do cumprimento de suas sentenças e recomendações; incluir nos informes anuais da Comissão e da Corte à Assembléia Geral da OEA quadros indicativos do estado de cumprimento de cada uma de suas decisões⁹); b) sanção aos Estados que sistematicamente desrespeitam as decisões da Comissão Interamericana e da Corte (por exemplo, a suspensão ou expulsão da OEA)¹⁰; poderia ainda a Assembléia Geral exigir dos Estados que informem anualmente acerca do cumprimento das recomendações da Comissão e da Corte Interamericana; c) publicidade aos Estados que cumpriram as decisões (“best practices”) e aos Estados faltosos (traduzindo o power of shame ou o power to embarrass), eis que, cada vez mais, o respeito aos direitos humanos tem se tornado um aspecto crucial de

legitimidade governamental, tanto no âmbito doméstico, como internacional.

Por fim, cabe realçar que o sistema interamericano têm assumido extraordinária relevância, como especial “locus” para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias em nossa região; tem combatido a impunidade e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados.

O sistema interamericano tem revelado, sobretudo, uma dupla vocação: impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma ordem que tenha a sua centralidade no valor da absoluta prevalência da dignidade humana.

.. Notas

1. Este texto serviu de base à palestra proferida no painel “Implementation Through Intrastate Levels of Government, Including Federal, State/Provincial and Municipal Jurisdictions”, na Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System, organizada pela Inter-American Commission on Human Rights e pelo The International Justice Project, em Washington, em 01 de março de 2003. Um especial agradecimento é feito à Laura David Mattar, pela importante pesquisa referente ao tema.
2. Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC/SP, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da PUC/SP e da PUC/PR, visiting fellow do Human Rights Program da *Harvard Law School* (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), procuradora do Estado de São Paulo, membro do CLADEM (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana.
3. Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.
4. Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.
5. Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 19991, p.XXXI.
6. Para Louis Henkin: “O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à Segunda Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional.” (Louis Henkin et al, *International Law: Cases and materials*, 3a edição, Minnesota, West Publishing, 1993, p.03)
7. Diversamente da Convenção Européia e da Convenção Americana, a Carta Africana não estabeleceu, em sua redação original de 1981, uma Corte Africana, mas tão-somente a Comissão Africana, sem o poder de adotar decisões juridicamente vinculantes. Em 1998, foi adotado o Protocolo à Carta Africana visando à criação da Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em Addis Ababa, na Etiópia. O Protocolo entrou em vigor em janeiro de 2004, com o depósito do 15º instrumento de ratificação, conforme prevê o seu artigo 34. Até outubro de 2005, dos 53 Estados-partes da Carta Africana, apenas 21 Estados haviam ratificado o Protocolo.
8. Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2ª ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p.27.
9. Observa-se que, nas audiências da Comissão Interamericana, as ONGs estão cada vez mais articuladas, ousadas e arrojadas em estratégias de litigância, enquanto que os Estados persistem, em geral, com uma estratégia convencional, que se mostra limitada e insuficiente para resolver os casos, restringindo-se, muitas vezes, a uma política defensiva e não propositiva.
10. Cabe realçar que a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão ou da Corte, embora a Assembleia Geral da OEA tenha o mandato genérico a este respeito, nos termos do artigo 65 da Convenção Americana. Na avaliação de Antônio Augusto Cançado Trindade: “(...) a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis, – imprescindíveis para por fim à impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). (...) Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da

Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção.” (Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2ª ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p.434). Propõe o autor: “Para assegurar o monitoramento contínuo do fiel cumprimento de todas as obrigações convencionais de proteção, em particular das decisões da Corte, deve ser acrescentado ao final do artigo 65 da Convenção Americana, a seguinte frase: “A Assembléia Geral os remeterá ao Conselho Permanente, para estudar a matéria e elaborar um informe, a fim de que a Assembléia Geral delibere a respeito.” Deste modo, se supre uma lacuna com relação a um mecanismo, a operar em base permanente (e não apenas uma vez por ano, ante a Assembléia Geral da OEA), para supervisionar a fiel execução, por todos os Estados-partes demandados, das sentenças da Corte”. (op. cit. p.91-92)

-
11. Note-se que no Conselho da Europa o descumprimento das decisões dos órgãos de direitos humanos acarreta sanções, que prevêm a exclusão do sistema regional.

O primeiro ano de funcionamento do Novo Conselho de Direitos Humanos da ONU: promessas cumpridas?

Marisa Viéguas e Silva¹

:. Introdução

Nosso objetivo neste artigo é avaliar a criação do Conselho de Direitos Humanos da ONU e seu primeiro ano de funcionamento a luz das promessas de avanço que se fizeram quando da constituição do novo Conselho, principalmente no que está relacionado à necessidade de evitar a excessiva politização deste órgão, como ocorria com a antiga Comissão.

Neste sentido, em uma primeira etapa examinaremos brevemente os direitos humanos no contexto da reforma da ONU, bem como a proposta de dar uma transversalidade a estes direitos em todo o trabalho da organização.

Em segundo lugar, procuraremos contextualizar as razões que levaram à extinção da Comissão de Direitos Humanos no ano 2006 e as promessas que viabilizaram a aprovação do novo ambiente institucional. Posteriormente, avaliaremos os resultados do primeiro ano de funcionamento do Conselho, que buscou fixar suas bases procedimentais.

Por fim, refletiremos sobre os resultados alcançados neste período e a sua coerência com as propostas de aplicação de critérios uniformes para todos os Estados em todas as situações.

1.: Os Direitos Humanos no processo de Reforma da ONU

Desde a sua criação em 1945, a ONU vem exercendo seu ofício como organização intergovernamental para o desenvolvimento e a paz. Apesar de todas as dificuldades enfrentadas, a ONU e suas agências e organismos especializados continuam sendo uma referência enquanto fórum mundial para discussão dos principais temas que concernem ao planeta.

Parte destas dificuldades deve-se ao fato de que esta organização encontra-se desatualizada em muitos sentidos (como, por exemplo, na estrutura dos seus principais órgãos) e sobrecarregada com uma grande quantidade de novas missões que assumiu (como, por exemplo, as missões de manutenção da paz).² Desde 1945 até os

dias atuais, o meio internacional no qual se movia a ONU sofreu intensas transformações, principalmente nas últimas duas décadas, o que se manifestou de maneira ainda tímida na estrutura e prática da organização.³

Entre as inúmeras mudanças ocorridas na realidade internacional, poderíamos apontar o aumento do número de Estados independentes que passaram a compor as Nações Unidas; o fim da guerra fria; a polarização do planeta em Norte e Sul; a globalização; o surgimento de novos atores no plano internacional; e os avanços científicos e técnicos. Estes exemplos têm caráter tão-somente exemplificativo, já que a lista de novidades do meio internacional neste tempo permitir-nos-ia falar em verdadeira “revolução” nas relações internacionais.⁴

Diante do novo cenário internacional, a ONU enfrenta problemas como o excesso de burocracia, a necessidade de coordenação entre suas diversas agências e organismos, a falta de vontade política dos Estados para cumprir com as obrigações internacionais assumidas, entre outros.⁵ Em suma, faz-se imperativa uma adaptação geral da Organização às mudanças da sociedade internacional.⁶

As iniciativas de reforma da ONU datam de 1992, quando da gestão do Secretário Geral Boutros Boutros-Ghali. Posteriormente, em 1997, a idéia da reforma foi retomada pelo anterior Secretário Kofi Annan, por meio do relatório “Renovação das Nações Unidas: um programa de Reforma”, e continuou presente na agenda política da organização, por meio de relatórios posteriores e de propostas de mudanças institucionais.⁷

No que concerne aos direitos humanos, o principal objetivo da reforma é transformar o tema em um dos três pilares das Nações Unidas, juntamente com a segurança e o desenvolvimento.⁸ Ademais do desafio de dar um enfoque transversal dos direitos humanos a toda e qualquer ação da ONU, estão dois outros objetivos, que são permitir uma reação rápida às violações destes direitos e reforçar o sistema de proteção.⁹

Entre os projetos para reforçar o seu sistema de proteção dos direitos humanos na ONU foi proposto, por exemplo, o fortalecimento do papel do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a criação de um Conselho de Direitos Humanos. Nesse sentido, vale ressaltar que o Conselho de Direitos Humanos, principal novidade da reforma institucional, foi aprovado em 2006 com a promessa de resolver problemas relacionados ao excessivo caráter político na atuação da antiga Comissão de Direitos Humanos.

2.: O Novo Conselho de Direitos Humanos

2.1 Início e fim da Comissão de Direitos Humanos da ONU e os mecanismos não convencionais de proteção dos direitos humanos no sistema universal

Como acabamos de ver, o surgimento do novo Conselho de Direitos Humanos da ONU está moldado no contexto maior da reforma desta Organização. Aprovado por meio da resolução da Assembleia Geral n. 60/251, de 15 de março de 2006, o novo órgão veio substituir a antiga Comissão de Direitos Humanos, que foi extinta em 27 de março do mesmo ano por ocasião da sua última sessão.

A Comissão de Direitos Humanos funcionava há seis décadas, desde os primeiros passos da então recém criada Nações Unidas. No início, sua atribuição consistia em elaborar o corpo normativo da ONU no tema dos direitos humanos e neste sentido foi responsável pela elaboração da Declaração Universal e dos Pactos de 1966, entre outros tratados de direitos humanos.

Com o passar do tempo, a Comissão de Direitos Humanos passou a receber comunicações de denúncias de violações de direitos humanos, para as quais até este momento não possuía atribuição para tramitar.¹⁰ Só a partir de 1967, com a aprovação da resolução 1235, e posteriormente com a aprovação da resolução 1503 de 1970, ambas do Conselho Econômico e Social da ONU, criaram-se os procedimentos especiais, instaurando-se o que hoje se conhece como mecanismos não convencionais de proteção dos direitos humanos no sistema universal.

Convém recordar que no âmbito da proteção dos direitos humanos da ONU também existem os mecanismos convencionais que, como o próprio nome indica, tomam por base pactos internacionais firmados pelos Estados membros da ONU. Entre estes existem vários tratados que permitem mecanismos de petição com denúncias individuais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.¹¹ No entanto, este mecanismo só se aplica à fiscalização dos direitos protegidos pelo tratado em questão e unicamente aos países que firmaram ditos tratados. Os mecanismos não convencionais de proteção, por outro lado, podem ser utilizados para avaliar a situação dos direitos humanos em qualquer Estado, independentemente da ratificação de um tratado.¹²

Os procedimentos que o compõem ficaram conhecidos pelos nomes das resoluções que permitiram sua criação (procedimento 1235 e procedimento 1503). O primeiro deles (o 1235) se desenvolveu ao longo do tempo dando

origem aos relatores especiais e grupos de trabalho, que podem tratar tanto de violações específicas de direitos (por exemplo, a situação da prática da tortura no mundo), quanto da situação dos direitos humanos num país específico (as principais violações de direitos humanos no Haiti, por exemplo).¹³

O segundo (1503) é um procedimento de denúncias bem mais controvertido, principalmente em razão do seu caráter confidencial e da necessidade de que os Estados prestem seu consentimento para o seu funcionamento. Assim como acontece com o procedimento 1235, o procedimento 1503 não analisa casos em particular, mas sim uma situação, na medida em que esta indique a violação generalizada dos direitos humanos em um determinado país. Os procedimentos 1235 e 1503 são reconhecidos como um dos grandes aportes da Comissão de Direitos Humanos à defesa destes direitos e à sua proteção, o que suscitou preocupações sobre a possibilidade de sua descontinuação quando da transição da Comissão para o Conselho.¹⁴

2.2 A extinção da Comissão de Direitos Humanos da ONU e as promessas do Novo Conselho

Como vimos, a Comissão de Direitos Humanos da ONU funcionou de 1946 a 2006 e tinha por encargo principal a promoção do respeito dos direitos humanos globalmente. No entanto, uma das características principais da Comissão nos anos recentes vinha sendo o enfraquecimento de sua capacidade para atuar em virtude do excesso de politização, além da incapacidade para enfrentar efetivamente as crises de direitos humanos, o que gerava uma crise de legitimidade.¹⁵

Desta maneira, um dos principais objetivos que se buscou com a criação do Conselho foi realizar uma mudança institucional que permitisse ultrapassar o desafio da utilização de critérios ambíguos e seletivos na hora de tomar decisões, passando pela eleição de membros mais comprometidos e pela utilização de mecanismos mais eficazes.¹⁶

Assim, em março de 2006 surge o novo órgão, com sede em Genebra, Suíça, em substituição à Comissão de Direitos Humanos e com a promessa de anunciar um novo começo para a promoção dos Direitos Humanos na ONU. O recém instaurado Conselho se diferencia da Comissão em vários sentidos, dentre os quais destacamos:

1) O fato de ser um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU e não mais do Conselho Econômico e Social. Com isso os temas relacionados aos direitos humanos adquirem mais repercussão na ONU e também ganham mais legiti-

midade, na medida em que na Assembleia Geral estão todos os países membros das Nações Unidas;¹⁷

2) Como consequência, os 47 membros do Conselho de Direitos Humanos são eleitos pela mesma Assembleia Geral, desta vez por maioria absoluta dos votos e com base em critérios como as contribuições dos candidatos à promoção e defesa dos direitos humanos e os compromissos assumidos por eles durante a campanha. A composição do Conselho toma por base uma distribuição geográfica equitativa e para este fim formaram-se cinco blocos regionais: África, Ásia, América Latina e Caribe, Europa Oriental, Europa Ocidental e outros Estados.¹⁸

3) Também é digno de ressaltar que os membros do Conselho não podem voltar a se eleger depois do segundo mandato consecutivo (o que evita a existência de membros permanentes) e que estes podem ser suspensos se resta verificada pelo Conselho a ocorrência de violações graves e sistemáticas dos direitos humanos pelo Estado em questão.

4) O Conselho passa a se assemelhar a um órgão fixo, na medida em que se encontrará regularmente durante o ano (são previstas três reuniões regulares, sendo que a soma destas três sessões não pode corresponder-se a menos que 10 semanas). Além disso, está previsto um mecanismo eficiente com o objetivo de organizar sessões fora do período regular, para dar agilidade ao Conselho em situações de crises iminentes ou de particular gravidade.¹⁹ A propósito, já foram realizadas 05 sessões extraordinárias neste 1º ano, sobre diversas situações no mundo.

5) A adoção do mecanismo de Revisão Periódica Universal sobre o cumprimento pelos Estados das obrigações e compromissos em matéria de direitos humanos. Os princípios que regem este mecanismo são a universalidade do exame (todos os Estados serão submetidos a revisão) e a igualdade no tratamento (a revisão se dará com base nos mesmos critérios para todos os Estados). Também se afirma que o mecanismo é cooperativo e tem por base um diálogo interativo, com a plena participação do Estado revisado.²⁰

Logo, buscou-se criar uma nova instituição que se bem não repete integralmente a estrutura da antiga Comissão tampouco foge dela completamente. A grande expectativa presente nos debates sobre funcionamento do Conselho estava no futuro dos procedimentos especiais, considerados os grandes avanços da Comissão.

Para solucionar esta e outras questões, determinou-se que, no primeiro ano de funcionamento, o Conselho dedicasse-se apenas ao estabelecimento de suas diretrizes de funcionamento, o que ficou conhecido como ano de construção institucional.²¹

3. Considerações sobre o primeiro ano de funcionamento do Conselho à luz do objetivo de superar o excesso de politização no funcionamento da antiga Comissão de Direitos Humanos

3.1 O primeiro ano de funcionamento e a necessidade de assentar as bases de funcionamento do novo órgão

Como vimos, o primeiro ano de funcionamento do Conselho foi dedicado à fixação das regras gerais que orientarão o seu funcionamento, o que inclui a decisão sobre o destino dos procedimentos que existiam na antiga Comissão.

Neste sentido, na sessão ordinária do primeiro período de encontros, que ocorreu entre os dias 26 e 30 de junho de 2006, prolongaram-se todos os mandatos, mecanismos, funções e responsabilidades que tinha a Comissão de Direitos Humanos e ao mesmo tempo regulamentou-se o novo mecanismo de Revisão Periódica Universal.

A resolução 60/251 também estipulou que o Conselho assumiria estes mandatos e mecanismos e terminaria de revisá-los no período de um ano contado da já referida primeira sessão. Paralelamente, estabelecer-se-iam neste mesmo período as modalidades da Revisão Periódica Universal. Para cumprir esta tarefa, formou-se dois grupos de trabalho, cada um trabalhando entre as sessões do novo órgão, com o objetivo de atender às determinações da resolução 60/251.

No final deste primeiro ano do Conselho, realizou-se a 5ª sessão ordinária, onde foram apreciados os resultados deste esboço de base institucional, tendo recebido este período o nome, como já mencionamos, de ano de construção institucional.

3.2 Os resultados do primeiro ano de funcionamento

Em 18 de junho de 2007 foram concluídos os trabalhos do primeiro ano de funcionamento do Conselho de direitos humanos, iniciando concomitantemente a 5ª sessão ordinária. Nesta ocasião, foram tomadas decisões com relação a aspectos centrais da base de funcionamento, tema que vinha sendo objeto de debate durante todo o ano anterior.

Assim, no período de 19 de junho de 2006 a 18 de junho de 2007, o recém constituído Conselho esteve abaixo da presidência de um representante do México que, no entanto, estaria atuando a título pessoal.²² A partir do dia 19, a presidência passou para as mãos de um representante da Romênia.

No dia 18 de junho, primeiro dia do 5º período de sessões, foi adotado por consenso e em conjunto o texto de compromisso que havia proposto o presidente do Conselho, por meio da resolução A/HRC/5/L.11. O referido texto foi elaborado com base nos debates, sugestões e negociações com os demais Estados membros e com os Estados observadores.²³

O pacote de reformas estruturais incluiu várias mudanças relacionadas aos procedimentos especiais, ao sistema de especialistas que vinham assessorando a Comissão, ao mecanismo de Revisão Periódica e à agenda de trabalho do Conselho. É importante mencionar que a causa para que as reformas tenham sido examinadas em conjunto deriva do fato de que, se não se tomasse uma decisão até o primeiro dia da 5ª sessão ordinária, os procedimentos especiais teriam deixado de existir no dia 19 de junho de 2006, o que teria causado um vazio de proteção no que concerne aos mecanismos não convencionais da ONU.²⁴

Passamos a descrever e avaliar brevemente os principais pontos das mudanças estruturais aprovadas na 5ª sessão:

3.2.1 Mecanismo de Revisão Periódica Universal

A revisão toma como referência para a avaliação a Carta da ONU, a Declaração Universal e os instrumentos de direitos humanos de que seja parte o Estado. Igualmente, tomar-se-ão em consideração as promessas e os compromissos assumidos voluntariamente pelos Estados e, se for o caso, as normas de Direito Internacional Humanitário.²⁵

Sobre os princípios que regem a atuação do Conselho observa-se uma concepção ampla e contemporânea dos direitos humanos. Ao anunciar que estes direitos se regem pela idéia da universalidade, da interdependência, da indivisibilidade e da inter-relação, o parágrafo 4, "a" o que faz é reafirmar a postura da igualdade entre direitos civis e políticos e direitos econômicos sociais e culturais. Por outro, permite que se tomem em consideração na hora de avaliar os Estados outra geração de direitos, como ao desenvolvimento.²⁶

Com relação ao mecanismo em si, afirma-se que é um processo intergovernamental, de caráter cooperativo (com base em informação fidedigna e em um diálogo interativo), com alcance universal (avaliação de todos os Estados membros da ONU), com igualdade de trato (todos os Estados devem ser avaliados com base nos mesmos critérios), natureza complementar (não procura substituir-se a nenhum outro mecanismo de direitos humanos nem realizar o mesmo trabalho, mas complementá-lo criando um valor adicional), com a plena participação do Estado exa-

minado (o que inclui a participação do Estado na elaboração do documento final), realizado de maneira objetiva e transparente (não seletiva, construtiva, à margem de confrontações e politização).²⁷

A revisão periódica universal não pretende em absoluto funcionar como um exame completo e exaustivo do Estado. Esta convicção está presente em vários parágrafos da resolução, que se inclinam por um procedimento mais leve, de maneira que nem o Estado nem o próprio Conselho restem obstaculizados em seus respectivos trabalhos pela utilização do mecanismo.²⁸

Está previsto também que na Revisão Periódica Universal (RPU) se tenha em conta o nível de desenvolvimento do Estado e suas particularidades. Igualmente, deve buscar-se a participação de todas as partes interessadas, incluindo as ONGs e as instituições nacionais de direitos humanos.²⁹

Nos termos do art. 5º da resolução 5/1, os objetivos da RPU estão mais dirigidos à assistência técnica ao Estado e à identificação dos avanços e das dificuldades na área dos direitos humanos que a uma atividade fiscalizadora propriamente dita.³⁰

Com relação à sua periodicidade, esta se realizará inicialmente em um ciclo de 4 anos, com a avaliação de 48 Estados por ano. A seleção dos países analisados obedece a um critério de distribuição geográfica e a uma combinação entre Estados membros e Estados observadores do Conselho. A ordem da avaliação é decidida por sorteio entre os membros de cada um dos grupos regionais.³¹

É importante mencionar que apesar de especificar que os princípios a seguir na avaliação devem ser a universalidade e a igualdade de trato, se dispõe em seguida que os Estados membros do Conselho serão objeto de exame durante o período em que formem parte do mesmo.³²

A revisão toma como fonte de exame um relatório elaborado pelo Estado analisado (que preferencialmente deve ser elaborado por meio de um amplo processo de consultas) e outro elaborado pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Em ambos casos o relatório deve seguir as diretrizes indicadas pelo Conselho, que também pode levar em consideração informação proveniente de outras fontes, sempre que sejam confiáveis.³³

A RPU é realizada por um grupo de trabalho composto pelos 47 Estados membros do Conselho e presidido pelo mesmo presidente deste órgão. Os Estados observadores e outros interessados podem assistir ao exame e ao diálogo interativo entre o país examinado e o Conselho.

Cada país terá sua situação relativa aos direitos humanos avaliada pelo período de 3 horas, além de um máximo de 1 hora adicional para o exame do documento final pelo pleno do Conselho.³⁴

O documento final do mecanismo de RPU será elaborado na forma de um resumo das atuações no processo, explicitando as recomendações e as conclusões do grupo de trabalho e também os compromissos voluntários assumidos pelo Estado. Com relação ao conteúdo, está prevista uma avaliação objetiva e transparente da situação de direitos humanos do país examinado, incluindo os aspectos positivos e os desafios; a divulgação das melhores práticas do Estado e dos compromissos voluntariamente assumidos, como também a ênfase no aumento da cooperação para a promoção e proteção dos direitos humanos e da prestação de assistência técnica ao Estado.³⁵

Convém ressaltar que o Estado avaliado participa plenamente da elaboração do documento final e, antes de sua aprovação pelo pleno do Conselho, se lhe é dada a oportunidade para apresentar as suas respostas às questões que não tenham sido suficientemente abordadas no diálogo interativo.³⁶

O documento final do exame é visto como um mecanismo de cooperação (art. 28), a ser utilizado basicamente pelo Estado interessado, e a pertinência ou não de adotar medidas de seguimento concretas vai depender do que entenda o Conselho na sua deliberação. (art. 32).³⁷

3.2.2 Procedimentos especiais

A resolução em comento também tratou, como era de se esperar, dos procedimentos especiais. Neste sentido, fixou critérios para a proposta e designação dos titulares de mandatos, determinou quem pode propor seus nomes e estabeleceu a elaboração de uma lista, administrada pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, dos possíveis titulares para estes cargos. Também abordou o tema da revisão dos mandatos, estabelecendo diretrizes para sua aplicação, e se elaborou um novo código de conduta.

Desta forma, para a seleção do futuro relator ou membro de um grupo de trabalho serão considerados princípios como a especialidade, experiência, independência e integridade pessoal. Também serão observados elementos como uma distribuição geográfica equitativa, perspectiva de gênero (equilíbrio na representação de homens e mulheres) e representação de diferentes sistemas jurídicos.³⁸

As candidaturas podem ser apresentadas por um governo, por um grupo regional que trabalhe no sistema de direi-

tos humanos da ONU, por uma organização internacional e seus escritórios, por ONGs, outros órgãos de direitos humanos ou mesmo de maneira individual.³⁹ Os candidatos que reúnam os requisitos especificados serão inscritos numa lista de candidatos administrada pelo Escritório do Alto Comissionado e serão passíveis de uma pré-seleção por um órgão assessor.⁴⁰

Sobre a duração dos mandatos, esta não pode exceder dois períodos consecutivos (cada um deles com duração de 3 anos). É importante lembrar que está vedado aos titulares de mandatos acumular outras funções de direitos humanos enquanto estiverem no posto.⁴¹

Com relação à possibilidade de revisão (o texto aprovado menciona reiteradamente a expressão “revisão, racionalização e aperfeiçoamento dos mandatos”), esta deve guiar-se pelos princípios de universalidade, imparcialidade, objetividade e não seletividade, diálogo construtivo e cooperação.⁴² Ademais, a revisão deve ter lugar no contexto da negociação de resoluções relevantes e deve adotar como marco de referência os padrões internacionais de direitos humanos, o sistema de procedimentos especiais e a resolução 60/251.⁴³

Nesta ocasião, decidiu-se que todos os mandatos contidos no apêndice I seriam renovados até a data em que tenham que ser considerados pelo Conselho de Direitos Humanos no marco do seu programa de trabalho.⁴⁴ Nesta oportunidade, restaram excluídos os mandatos por países relativos a Cuba e Bielorrússia.

3.2.3 Procedimento de Denúncia

O procedimento de denúncia é mantido basicamente nos termos do anterior procedimento 1503. Logo, seu objetivo é enfrentar os quadros persistentes de violações manifestas dos direitos humanos. Do mecanismo de denúncia 1503, destaca-se a manutenção do método de trabalho e do seu caráter confidencial.⁴⁵

Destarte, fixaram-se os critérios de admissibilidade das comunicações com denúncias de direitos da seguinte maneira: a) a comunicação deve descrever as violações, incluindo os direitos violados; b) a denúncia não pode ter motivações declaradamente políticas; c) não pode fundamentar-se exclusivamente em informação difundida por meio de comunicação; d) não pode conter linguagem insultante; e) devem ser apresentadas pelas vítimas ou por organizações não governamentais de direitos humanos que tenham tido conhecimento direto e fidedigno das violações; f) a situação não pode estar sendo examinada concomitantemente por um procedimento especial, um órgão de tratado ou outro procedimento de denuncia da ONU

no campo dos direitos humanos; g) existência de esgotamento dos recursos internos).⁴⁶

Com relação ao método de trabalho, foram estabelecidos dois grupos distintos que operarão com base no consenso, sempre que possível, e tomarão por parâmetro a confidencialidade e a cooperação do Estado.⁴⁷ O primeiro deles, o grupo de trabalho sobre comunicações, compõe-se de cinco expertos independentes, selecionados de acordo com o equilíbrio na representação geográfica e na igualdade de gênero. Estes especialistas exercerão sua função por um período de três anos, renovável apenas uma vez.⁴⁸

As principais tarefas do primeiro grupo consistem em decidir sobre a admissibilidade das comunicações, sobre a questão de fundo que denunciam e determinar se elas parecem revelar ou não um quadro de violações persistentes e graves de direitos humanos. Como produto final, elaborar um documento onde constem as comunicações admitidas, as recomendações sugeridas e a justificação para ditas decisões.⁴⁹

O segundo grupo de trabalho (grupo sobre as situações), por sua vez, está composto de cinco representantes dos Estados membros do Conselho que, no entanto, atuam a título pessoal e têm o mandato de um ano. Nesta etapa, o material de referência são as informações e recomendações enviadas pelo primeiro grupo.⁵⁰

Este grupo 2 deve, então, apresentar ao Conselho um relatório sobre os quadros persistentes de violações provadas, formulando-lhe recomendações sobre a maneira de proceder, normalmente na forma de um projeto de resolução ou de decisão relativa à situação analisada. Também no segundo grupo todas as decisões devem estar justificadas, indicando-se os motivos pelos quais se finalizou o exame de uma situação ou se recomendaram medidas a respeito.⁵¹

Com relação à frequência das decisões, o art. 98 da resolução estabelece que esta seja de pelo menos uma vez ao ano. Por seu turno, o art. 100 dispõe que entre o período de tempo entre a transmissão da denúncia ao Estado interessado e o exame da situação pelo Conselho de Direitos Humanos não se excederá o tempo de 24 meses.⁵²

Dentre as medidas finais que podem resultar do procedimento estão: a) a finalização do exame sem a adoção de medidas; b) a manutenção da situação em exame juntamente com a solicitação de mais informação ao Estado concernente; c) manutenção da situação em exame com a nomeação de um experto independente para acompanhar a situação e informar ao Conselho; d) término do pro-

cedimento confidencial e utilização de um procedimento público similar ao procedimento 1235; e) recomendação ao Escritório do Alto Comissariado para que preste assistência técnica ao país.⁵³

3.2.4 Agenda de trabalho do novo Conselho

Sobre a agenda no novo Conselho, esta é bem abrangente, incluindo uma gama variada de assuntos. Ademais, como produto das negociações, incluiu-se uma menção específica sobre a situação dos direitos humanos na Palestina e em outros territórios árabes ocupados. Por outro lado, a pedido de China, para que um Estado apresente uma comunicação sobre a situação dos direitos humanos em outro, é necessário que possua um apoio bastante amplo (de preferência, 15 Estados devem dar suporte ao pedido), o que, entretanto, felizmente não compromete que a adoção de resoluções por países continue sendo realizada por maioria simples.⁵⁴

3.2.5 Comitê Consultor do Conselho

Em substituição à Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, foi criado o Comitê Consultor do Conselho, composto por 18 especialistas que atuam a título independente e que têm por função prestar assessoria ao Conselho.⁵⁵

Vistos os principais aspectos da mudança institucional realizada no 5º período de sessões, passamos a um comentário acerca do real significado destas mudanças.

3.3 Aproximação crítica à construção institucional realizada pelo Conselho

Apesar de reconhecer a importância de contar com uma base procedimental pela qual o Conselho já pode começar a guiar sua atuação, são muitas as observações e críticas a respeito das decisões tomadas neste primeiro ano de funcionamento, principalmente no sentido de haver deixado em aberto muitas questões, o que pode servir para manobras futuras no sentido de debilitá-lo.⁵⁶

Assim, no que concerne ao mecanismo de Revisão Periódica Universal, o procedimento utilizado parece ser, no nosso modo de ver, excessivamente condescendente com o Estado avaliado. Neste sentido, nos parece preocupante o caráter intergovernamental da Revisão Periódica Universal (RPU) e a pouca participação outorgada a outras fontes de informação que não o próprio Estado e o Escritório do Alto Comissariado.

Também nos preocupa que os membros do Conselho sejam examinados durante o período em que exercem como membros do Conselho, porque na prática significa

que julgarão a si próprios (recorde-se que o grupo de trabalho que realiza a revisão está conformado pelos 47 Estados membros do Conselho).⁵⁷ Apesar de que o objetivo almejado por procedimento está mais relacionado a lograr que os Estados membros dêem um exemplo de imparcialidade que à possibilidade de que se beneficiem mutuamente, será necessária uma atuação cuidadosa para que este mecanismo não se desvirtue na sua prática.

Com relação ao sistema de Procedimentos Especiais, as críticas vão principalmente em contra da insegurança gerada com relação ao seu futuro e à possibilidade de que o novo código de conduta adotado seja excessivamente intrusivo nos métodos de trabalho dos titulares de mandatos.⁵⁸ Com relação à primeira crítica, é importante lembrar que apesar de ter tido um ano inteiro para revisar os procedimentos especiais, o Conselho decidiu adiar esta decisão por um ano mais desnecessariamente. Além disso, a supressão injustificada dos relatores especiais por países para Cuba e Bielorrússia não nos deixa alternativa senão reconhecer que já neste primeiro ano de funcionamento o Conselho sucumbiu a pressões políticas.

Sobre o novo Procedimento de Denúncia, destacamos a manutenção de concepções que se mostraram claramente inadequadas, como a idéia da confidencialidade e da cooperação com o Estado e a mesma similitude com o antigo procedimento 1503, que em anos recentes demonstrou sua ineficiência para tratar de graves violações dos direitos humanos.

Entre as inúmeras falhas do novo procedimento estão a manutenção de um critério restrito para a admissão das petições e a não previsão da possibilidade de que os grupos de trabalho possam buscar informação adicional com o autor da comunicação ou denunciante.⁵⁹

4. Conclusões

É forçoso reconhecer avanços no novo modelo institucional que vai guiar a proteção dos direitos humanos na ONU. Por exemplo, o aumento na periodicidade e duração das reuniões (o que facilita a continuidade dos trabalhos), a flexibilização dos requisitos para a celebração de sessões extraordinárias (permitindo respostas mais ágeis para situações graves de direitos humanos que exigem respostas imediatas), o estabelecimento de critérios mais restritos para a participação como membro do Conselho e também a possibilidade de suspensão do Estado-membro que realiza graves violações aos direitos humanos.

Igualmente, a própria existência de um mecanismo de revisão periódica universal, pela noção de que todo e qual-

quer país membro da ONU vai ter sua situação dos direitos humanos avaliada (ainda que, por enquanto, não esteja clara qual será sua função primordial: se instrumento de legitimação do Estado ou se instrumento de fiscalização), constitui um avanço frente à anterior situação.

Por outro lado, também é importante ressaltar que a principal promessa do Conselho – qual seja, a de uma maior independência política no que concerne à proteção dos direitos humanos – ao que tudo indica não vai se cumprir. São vários os indícios que nos fazem sugerir esta idéia.

Por um lado, a manutenção de fatores importantes que podem levar à predominância de decisões mais políticas que técnicas, como o sistema de denúncias do procedimento 1503, que serviu de modelo para o novo procedimento apresentado e frente ao qual muito pouco é modificado. Da mesma forma, a excessiva consideração da vontade estatal na elaboração do informe do mecanismo de Revisão Periódica Universal, bem como da sua avaliação por seus pares estatais, parece ser um vício não desdenhável à imparcialidade almejada.

Outra fonte de preocupação são os procedimentos especiais. Por um lado as modificações injustificadas que lhes foram impostas, como a supressão de dois mandatos por países (Cuba e Bielorrússia), países estes cujo comportamento não é dos mais protetores para com os direitos humanos. Por outro, a insegurança sobre o seu futuro, quando a resolução que aprovou a nova base institucional menciona reiteradas vezes a possibilidade de revisão ou mesmo supressão de mandatos.

Vale a pena recordar que os sistemas de proteção dos direitos humanos ainda seguem fortemente a lógica tradicional da soberania estatal na tomada de decisões, o que significa dizer que a vontade política dos Estados é crucial para a criação de obrigações internacionais e para seu cumprimento. O sistema da ONU não é uma exceção a esta regra, muito pelo contrário. Neste sentido, o principal desafio que vislumbramos terminado este ano de construção institucional é o destino que se dará a todas estas novidades na prática, ou melhor, o destino que darão os Estados-membros das Nações Unidas ao novo Conselho e à própria ONU.

De não se iniciar os trabalhos do novo Conselho com base nos avanços da antiga Comissão e tomando por referência a necessidade imperiosa de matizar a excessiva seletividade e politização nas decisões, carece de sentido todo o trabalho de reforma que se está levando adiante atualmente no campo dos direitos humanos na ONU. Infelizmente, o primeiro ano de funcionamento do novo Conselho parece indicar que em muitos sentidos as razões que motivaram a reforma não estão sendo lembradas como deveriam.

5.: Bibliografia:

5.1. Artigos e livros:

DURÁN, Carlos Villán. Luzes e Sombras do Novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. *Revista Sur*, ano 5, n. 3. Disponível em: www.surjournal.org.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos. In LIMA JR. (org.) *Manual de Direitos Humanos Internacionais*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

LLORET, Jaume Ferrer. *Responsabilidad Internacional Del Estado y Derechos Humanos*. Madri, Editorial Tecnos, 1998.

NOVOSELOFF, Alexandra. La reforma de las Naciones Unidas. La anticipación y la prevención como objetivos principales. Bogotá, *Revista Análisis Político*, n. 42 (Janeiro-Abril 2001), p. 70-87.

OACNUDH(ONU). *Human Rights in the Administration of Justice*. Professional Training Series N. 9. Nova Iorque e Genebra, Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 2ª Edição.

5.2. Documentos das Nações Unidas sobre a Reforma e sobre o Conselho de Direitos Humanos:

ONU. *Renovación de las Naciones Unidas: un programa de Reforma*. Relatório do Secretário Geral da ONU. Res. A/51/950, de 14 de julho de 1997.

_____. *Fortalecimiento de las Naciones Unidas: un programa para profundizar el cambio*. Relatório do Secretário Geral da ONU. Res. A/57/387, de 09 de setembro de 2002.

_____. *Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*. Relatório do Secretário Geral da ONU. Res. A/59/2005, de 21 de março de 2005.

_____. *Invertir en las Naciones Unidas: en pro del fortalecimiento de la Organización en todo el mundo*. Relatório do Secretário Geral da ONU. Res. A/60/692, de 07 de março de 2006.

_____. Resolução da Assembléia Geral da ONU n. A/RES/60/251, de 03 de abril de 2006, que cria o Conselho de Direitos Humanos.

_____. Resolução A/HRC/5/14, de 06 de junho de 2007. Aplicação da resolução 60/251. Documento oficioso sobre o mecanismo de exame periódico universal.

_____. Resolução A/HRC/5/15, de 06 de junho de 2007. Aplicação da resolução 60/251. Documento oficioso sobre o novo procedimento de denúncia.

_____. Resolução A/HRC/5/17, de 06 de junho de 2007. Aplicação da resolução 60/251. Documento oficioso sobre os procedimentos especiais.

_____. Resolução A/RES/55/2, de 08 de setembro de 2000. Declaração do Milênio.

_____. Resolução A/HRC/5/L.11, de 18 de junho de 2007. Report to the General Assembly on the Fifth Session of the Human Rights Council. Draft Report.

5.3 Documentos de ONGs de Direitos Humanos e Outros:

ANISTIA INTERNACIONAL. *Un mecanismo efectivo de examen periódico universal*. Dezembro de 2006/Janeiro de 2007. IOR 40/033/2006. Disponível em: <http://www.amnistiainternacional.org/revista/rev82/articulos/articulo3.html>.

_____. *Conclusion of the United Nation's Human Rights Council Institution Building: has the spirit of general assembly resolution 60/251 been honoured?* AI Index: IOR 41/015/2007, de 20 de junho de 2007. Disponível em: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGIOR410152007?open&of=ENG-393>.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. Press Release. *UN Human Rights Council: ICJ calls on states to turn to protection of human rights worldwide after year-long attempts to weaken council*. 25 de junho de 2007. Disponível em: www.icj.org

FIDH. *La Reforma de las Naciones Unidas debe reforzar los mecanismos de protección de Derechos Humanos*. 22 de julho de 2005, disponível em: <http://www.fidh.org/spip.php?article2574>

HUMAN RIGHTS WATCH. *UN: Human Rights Council Ends First Year with Much to Do. Supportive States should Invest Further to Strengthen Council*. Genebra, 19 de junho de 2007. Disponível em: <http://hrw.org/english/docs/2007/06/18/global16208.htm>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DO MÉXICO. *Derechos Humanos: agenda internacional de México*. Dirección General de Derechos Humanos y Democracia. Boletim informativo n. 16, de 27 de junho de 2007.

.: Notas

1. Marisa Viégas e Silva é advogada, com mestrado em Ciência Política pela UFPE; Máster em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri; Especialização em Direitos Humanos e Direitos Internacional Humanitário pela Universidade Externado de Colômbia; e atualmente cursa o doutorado em direitos humanos da Universidade Carlos III de Madrid.
2. Para o ex Secretario Geral Koffi Annan, para que seja um instrumento efetivo para ajudar os Estados a resolver os desafios que apresentam o meio internacional hoje, a ONU tem que adaptar-se plenamente às necessidades e circunstâncias do século XXI. Cf. Res. n. A/59/2005, parágrafo 153.
3. Cf. NOVOSSELOFF, p. 70.
4. Carrillo Salcedo também enfatiza fatores como o aparecimento dos Estados Unidos como única potência hegemônica mundial; a mudança na qualidade dos conflitos, que agora já não são mais entre Estados, mas dentro do próprio Estado; a relevância das organizações internacionais e a relativa marginalização da ONU e de algumas organizações do sistema das Nações Unidas por parte da potência hegemônica e do mundo ocidental. Cf. SALCEDO, p. 18.
5. Para mais detalhes sobre as mudanças ocorridas desde a conformação da ONU em 1945 até os dias de hoje e sobre os desafios enfrentados pela organização, ver o relatório do grupo sobre as ameaças, os desafios e as mudanças (res. A/59/565)
6. A necessidade de reforçar as Nações Unidas para convertê-la em um instrumento mais eficaz foi reconhecida pelos chefes de Estado e de Governo no tópico VIII da Declaração do Milênio. Cf. Res. A/RES/55/2, de 08 de setembro de 2000.
7. Dentre os principais relatórios estão os contidos nas resoluções A/57/387, A/59/2005 e A/60/692.
8. Para o ex Secretario Geral Koffi Annan, não existe desenvolvimento sem segurança, nem segurança sem desenvolvimento, e nem um nem outro se não se respeitam os direitos humanos. Cf. res. A/59/2005, parágrafo 17.
9. Cf. FIDH, 2005.

10. Como explica Carrillo Salcedo, nem a Carta da ONU nem a Declaração Universal concedem aos indivíduos um direito de petição ante as Nações Unidas, razão pela qual a Comissão entendeu durante anos que não gozava de atribuição para avaliar as denúncias recebidas. Cf. SALCEDO, p. 120.
11. A previsão normativa da possibilidade de apresentação de petições se encontra, em realidade, nos protocolos facultativos aos referidos tratados.
12. Como explica o Prof. Jayme Benvenuto, “os mecanismos extraconvencionais de proteção dos direitos humanos são aqueles criados por meio de resolução de órgãos legislativos da ONU, como a Comissão de Direitos Humanos, o Conselho Econômico e Social ou a Assembléia Geral.”. Cf. LIMA JR., p.58
13. Cf. OACNUDH (ONU), p. 68. Para mais informação sobre a evolução dos procedimentos extra-convencionais do sistema universal, ver RAMOS, p. 152-167.
14. Para Carlos Villán Durán, não se deveria submeter à discussão a continuidade do valioso sistema de relatores especiais e grupos de trabalho, nem do procedimento de comunicações individuais. Cf. DURÁN, p. 8.
15. Para o ex Secretário geral da ONU, Koffi Annan, a diminuição da credibilidade e do profissionalismo da Comissão de Direitos Humanos debilitou progressivamente sua capacidade para exercer suas funções. O Secretario ressalta em particular a vinculação de Estados a este órgão não para fortalecer os direitos humanos, mas para proteger-se de críticas ou para atacar outros Estados. Cf. Res. A/59/2005, p. 182. Conforme relata Jaume Ferrer Lloret, numa área em que a eficácia do sistema está centrada principalmente na publicidade do procedimento de controle, observa-se uma evidente seletividade na hora de selecionar os países que serão avaliados mediante o procedimento público e não mediante o procedimento confidencial. Cf. LLORET, p. 51.
16. Neste sentido, o preâmbulo da resolução 60/251, que criou o Conselho de Direitos Humanos, reconhece a importância de garantir a universalidade, objetividade e não seletividade no exame das questões de direitos humanos e de eliminar a politização. Cf. Res. 60/251.
17. Nesta ordem de idéias, o Conselho tem que apresentar um relatório anual à Assembléia Geral e se compromete a revisar seu trabalho aos cinco anos da sua criação, informando sobre o tema à Assembléia Geral da ONU. Cf. Res. 60/251, parágrafos 5, j e 16.
18. De acordo com o parágrafo da resolução 60/251, os postos para membros do Conselho se dividem da seguinte maneira: 13 para os do grupo africano, 13 para os do grupo asiático, 6 para Europa Oriental, 8 para América Latina e Caribe e 7 para Europa Ocidental e outros. Neste último grupo estão incluídos Estados Unidos e Canadá.
19. Para que o Conselho se reúna de maneira extraordinária, basta que um Estado membro do Conselho solicite e tenha o apoio de um terço dos membros. Cf. Res. 60/251, parágrafo 10.
20. O mecanismo de Revisão Periódica Universal, que pode ser considerado a grande novidade do novo Conselho, visa a garantir que nenhum Estado membro da ONU deixe de ter monitorada a situação dos direitos humanos em seu território. Esta iniciativa é relevante se pensamos que para que a ONU avalie os direitos em um país é necessário que sejam enviadas comunicações com denúncias, o que nem sempre é possível. Por esta razão, muitos países nunca foram avaliados e é este tipo de circunstância que se pretende evitar com o novo mecanismo. Cf. Resolução 60/251, parágrafo 5, e.
21. Neste sentido, a resolução 60/251 dispõe que o Conselho assumirá os mandatos da antiga Comissão e os examinará dentro do período de um ano contado da realização do seu primeiro período de sessões. Cf. Res. 60/251, parágrafo 6.
22. O primeiro presidente do Conselho foi o embaixador mexicano Luis Alfonso de Alba. Cf. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE MÉXICO, p. 1.
23. Cf. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DO MÉXICO, p. 2.
24. Cf. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DO MÉXICO, p.2.
25. Cf. parágrafos 1 a 3 da resolução A/HRC/5/L.11.
26. Apesar de não mencionar diretamente neste parágrafo o direito ao desenvolvimento, este é mencionado posteriormente no art. 49 da mesma resolução ao tratar dos direitos humanos. Cf. art. 49 da resolução A/HRC/5/L.11.
27. Cf. art. 4, “b” a “g” da resolução.
28. Desta maneira, no art. 4 da resolução A/HRC/5/L.11 está previsto que: “Art. 4 A revisão periódica universal (...) h. não significar uma carga excessiva ao Estado de que se trate ou ao programa do Conselho de Direitos Humanos; i. não deveria dilatar-se excessivamente no tempo. Deve ser realista e não consumir uma quantidade desproporcionada de tempo e de recursos humanos e financeiros; j. não deveria diminuir a capacidade do Conselho para responder às situações urgentes em matéria de direitos humanos”. (tradução livre da autora)
29. Cf. resolução A/HRC/5/L.11, art. 4, “l” e “m”.

30. Assim, Segundo a resolução A/HRC/5/L.11: “Art. 5. Objetivos. a) melhoramento da situação dos direitos humanos no terreno; b) cumprimento das obrigações e compromissos do Estado em matéria de direitos humanos e avaliação dos aspectos positivos e problemáticos; c) reforço da capacidade do Estado e da assistência técnica; d) divulgação das melhores práticas dos Estados e outras partes interessadas, sempre consultando o Estado em questão e contando com o seu consentimento; e) apoio à cooperação na promoção e proteção dos direitos humanos; f) fomento à plena cooperação e ao compromisso com o Conselho de Direitos Humanos, com outros órgãos de direitos humanos e com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos”. Tradução livre da autora.

31. Cf. art. 8 a 11 da Resolução A/HRC/5/L.11.

32. Ver art. 6 e 7 da Resolução.

33. Cf. parágrafos 12 a 14 da resolução.

34. Cf. parágrafos 16, 20 e 22 da resolução.

35. Cf. art. 24 da resolução.

36. Cf. art. 25 da resolução.

37. Cf. art. 28 e 32 da Resolução

38. Cf. artigos 34 e 35 da resolução.

39. Cf. art. 37 da resolução.

40. Cf. art. 42 da resolução.

41. Cf. art. 39 e 40 da resolução.

42. Cf. art. 49 da resolução.

43. Cf. art. 50 e 51 da resolução.

44. Cf. art. 56 da resolução.

45. Cf. art. 80 e 81 da resolução A/HRC/5/L.11.

46. Cf. art. 82 da resolução A/HRC/5/L.11.

47. Cf. art. 84 da resolução A/HRC/5/L.11.

48. Cf. art. 86 e 88 da resolução A/HRC/5/L.11.

49. Cf. art. 90 da resolução A/HRC/5/L.11.

50. Cf. art. 91 a 93 da resolução A/HRC/5/L.11.

51. Cf. art. 93 e 94 da resolução A/HRC/L.11.

52. Cf. art. 98 e 100 da resolução A/HRC/L.11.

53. Cf. art. 104 da resolução A/HRC/L.11.

54. Cf. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE MÉXICO, p. 3.

55. Cf. art. 60 da resolução A/HRC/5/L.11.

56. Cf. HUMAN RIGHTS WATCH.

57. Para Human Rights Watch, o procedimento aplicado parece mais inclinado a não ofender o país que está sendo revisado que a se dirigir efetivamente a uma análise das violações de direitos humanos. Cf. HUMAN RIGHTS WATCH. Para Anistia Internacional, ainda, conferiu-se ao Estado revisado uma influência inadequada sobre o processo de revisão. Não se atenuando esta influência, inevitavelmente se desvirtuará o conceito de tratamento igual e universalidade. Anistia Internacional sugere também que o Conselho deve ser capaz de monitorar a implementação das conclusões e recomendações, para assegurar o efetivo seguimento do resultado da Revisão Periódica Universal. Segue o referido organismo sugerindo uma maior participação das ONGs nacionais e instituições nacionais de direitos humanos, as quais deveriam submeter informações para a RPU, seguir o processo e contribuir para o debate e discussões. Cf. ANISTIA INTERNACIONAL, 20/06/2007.

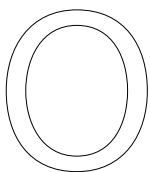
58. Para HRW, o processo de seleção dos especialistas inclui um papel preocupante para um comitê indicado por grupos regionais do Conselho, o que poderia permitir considerações de natureza política. Por outro lado o novo código de conduta adotado seria excessivamente intrusivo nos métodos de trabalho dos titulares de mandato. Cf. HUMAN RIGHTS WATCH. Para Anistia Internacional, a habilidade da ONU para proteger os direitos humanos requer que os especialistas que compõem os procedimentos especiais sejam capazes de monitorar efetivamente e responder rapidamente às alegações de violações de direitos que ocorram em qualquer parte do mundo. O texto do presidente, entretanto, deveria ir mais adiante, assegurando que a independência e o conhecimento dos titulares de mandato serão mantidos e melhorados. Cf. ANISTIA INTERNACIONAL 20/06/2007.

59. Cf. ANISTIA INTERNACIONAL, 20/06/2007.

O Direito Penal Internacional e o Tribunal Penal Internacional no contexto dos Direitos Humanos no início do século XXI

Luís Emanuel Barbosa da Cunha¹

:. Introdução



O século XXI desponta repleto de novas perspectivas para a sociedade internacional e para o movimento de direitos humanos.

Perspectivas positivas calcadas nos blocos político-econômicos, nos aspectos intra-regionais e inter-regionais, que têm dinamizado as relações internacionais, ao mesmo tempo, têm aperfeiçoado-as. Por outro lado, a apreensão toma conta dos debates quando se fala em reforma da Carta das Nações Unidas (ONU), em política anti-terror, em energia atômica e em outras questões polêmicas.

A reforma da Carta da ONU ganha um carimbo de urgência, principalmente, com relação ao Conselho de Segurança. Busca-se aumentar a representatividade da sociedade internacional no Órgão e diminuir a influência dos cinco poderosos que detêm o poder de veto na medida do possível. Bem, possível, tudo é, porém provável, nem tudo o é. Seria também o caso de se pensar um território internacional neutro para sede da ONU ou já é demais?

Os blocos político-econômicos estão estabelecidos hoje como o meio de sobrevivência dos países no cenário econômico estabelecido a partir do final da bipolarização posta pela guerra-fria. Trata-se de uma prática comercial de países afins. Todos os participantes do bloco se unem de forma a dinamizar as suas economias, complementando-se seus produtos e os favorecendo com alíquotas mais vantajosas em relação aos produtos dos países não-participantes. A economia global não permite mais estratégias econômico-comerciais isolacionistas.

O ataque às torres gêmeas no dia 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque deflagrou uma ação generalizada e irresponsável de perseguição a terroristas, a um terrorismo, que, até hoje, ninguém sabe exatamente o que é, quem o pratica e que prática é essa. A ação norteamericana de violação dos princípios da autodeterminação dos povos e da soberania política de outros Estados conseguiu, em verdade, agregar mais insegurança e menos diálogo às relações internacionais, enfim poucos resultados satisfatórios para a manutenção da paz mundial.

A energia atômica ainda detém as atenções. Afinal de contas, a bomba atômica ainda é o maior elemento de destruição já concebido pelo homem. Em pouco mais de sessenta anos, a tecnologia atômica não é mais restrita aos líderes dos pólos da guerra-fria. Como efeito, após a desconstituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o acesso ao conhecimento atômico ficou mais fácil, ou menos difícil.

Atualmente, a sociedade internacional fica exposta no fogo cruzado entre dois discursos, ambos pouco confiáveis. De um lado, os novos detentores da tecnologia, clamando pelo uso pacífico da energia atômica; de outro, os Estados Unidos apontando os terroristas atômicos para todos os lados. No meio, como quem não sabe de nada, estão a Rússia e a China vendendo armamento e tecnologia.

Apesar da diversidade temática, todos igualmente interessantes e provocantes, este artigo se presta a fazer uma breve análise mais especificada no contexto e nas perspectivas esperadas, neste início de século XXI, para o direito penal internacional e para o Tribunal Penal Internacional (TPI), na medida da influência dos dois em relação ao movimento internacional dos direitos humanos.

O direito penal internacional consolida-se como ramo específico do direito, um ramo autônomo do direito internacional, a partir da criação do Tribunal Penal Internacional. Como tal, há de se perceber um respaldo acadêmico e científico, desenvolvendo-se uma teoria geral do direito penal internacional semelhante à existente para o direito penal e para o direito internacional.

Entretanto, importa não se perder de vista a relação entre o direito penal internacional e a sua vertente política, ou seja, o princípio da dignidade humana, esse como sendo o elo entre o positivismo jurídico e o movimento internacional de direitos humanos.

Já o próprio Tribunal Penal Internacional está diante de uma série de crivos pronta a testá-lo à exaustão. De início, a consolidação política do TPI, livre de intervenções estatais paralelas destinadas apenas a lhe enfraquecer politicamente com a possibilidade de subtrair de sua jurisdição nacionais de Estados não-membros do Tratado de Roma de 1998.

Ademais, a definição de um rito ou de um procedimento é necessária, bem como, debater-se a tipificação de condutas como o tráfico internacional de drogas e o terrorismo, inserir-se como mecanismo de coibição da violência de gênero, sem mencionar a eficiência esperada na proteção de bens jurídicos internacionais em tempos de escassez de água doce e de petróleo.

Este trabalho está disposto a propor reflexões. De fato, todo trabalho científico é reflexivo, pois parte de uma análise controlada de informações para se atingir uma verdade. Porém as reflexões propostas aqui não giram em torno de uma hipótese a ser provada ou rechaçada ao final obrigatoriamente. Cuida-se da percepção de um operador do direito sobre elementos relevantes ao seu objeto de estudo, percepção essa desprovida de ser sociológica, antropológica ou de ciência política. Fugindo um pouco de toda previsibilidade que a norma jurídica proporciona, como um operador do direito enxerga o seu contexto?

Dessa forma, o trabalho foca-se em dois marcos, primeiro: o direito penal internacional, na expressão material e formal desse novo ramo; segundo: o TPI, enquanto órgão jurisdicional internacional incumbido de tutelar os direitos humanos internacionais.

1.: O Direito Penal Internacional

Em meados da década de 1950, a doutrina vigente distinguia o direito penal internacional do direito internacional penal. A este cabia regulamentar o fenômeno extraterritorial do direito penal intraestatal, ou seja, a legislação penal de cada Estado com repercussão para além de seu território. Enquanto aquele regulamentava a relação do direito penal a partir da estrutura do direito internacional, a utópica internacionalização do direito penal segundo o parâmetro disponível para aquele momento histórico (RIPOL-LÉS, 1955, p.20).

Aos tempos de constituição e de vigência de um Tribunal Penal Internacional permanente, essa diferenciação pela ordem de apresentação dos termos se mostra superada. O viés extraterritorial do direito penal intraestatal pouco tem de internacional. No máximo, está restrito às relações internacionais restritas à extradição apenas. Isso não conduz à existência de um ramo de direito (CUNHA, 2007, pp.126-127).

Por outro lado, o direito penal internacional é "o conjunto de todas as normas de Direito Internacional que estabelecem conseqüências jurídico-penais. Trata-se de uma combinação de princípios de Direito Penal e de Direito Internacional" (AMBOS, 2005, p.01). Assim, um novo ramo do direito vem à tona. Conseqüentemente, uma prática acadêmica, juntamente com uma difusão de conhecimento científico, ambas começam a ser construídas em torno dele.

Primeiro desafio para o direito penal internacional no início do século XXI: consolidar-se acadêmica e cientificamente. As universidades, as faculdades de direito, os cur-

so de pós-graduação devem se sensibilizar com esse novo contexto internacional.

O período de guerra-fria impossibilitou qualquer avanço nas discussões sobre um tribunal penal internacional permanente e suficientemente imparcial e independente de ingerências externas. Enquanto a sociedade internacional estava bipolarizada entre capitalistas e comunistas, enquanto essa queda-de-braço não se resolvia, não havia um ambiente político permissivo para as discussões, logo, naturalmente, a academia não se interessou pelo tema.

No entanto, presentemente, há espaço para debates concretos sobre a responsabilidade criminal internacional da pessoa humana, conseqüentemente sobre os elementos do crime internacional, sobre a execução das sentenças penais internacionais condenatórias, sobre a imprescritibilidade das condutas, enfim há um campo vasto para os acadêmicos e para os pesquisadores. A pesquisa recebe merecidamente toda sorte de estímulos.

Nessa linha científico-acadêmica, cabe o desenvolvimento de uma criminologia internacional, uma ciência voltada especificamente para o conhecimento dos detalhes técnicos relacionados à explicação dos fatos e das circunstâncias relacionadas aos tipos previstos em concordância com as necessidades e com as particularidades desse novo ramo do direito.

Da mesma forma que uma ciência do direito penal internacional está em fase de se constituir, a função de criminalista internacional também. Naturalmente, a atividade advocatícia perante o TPI vai desenvolver a carreira do advogado criminalista. Com efeito, o TPI já dispõe de uma lista de advogados devidamente autorizados a pleitear direitos perante o Tribunal, profissionais com mais de dez anos de experiência em direito penal e familiarizados com o estatuto previsto no Tratado de Roma de 1998.²

O segundo desafio está em conseguir repercutir na teoria geral do direito internacional. A responsabilidade internacional agora tem dois aspectos bem definidos. Trata-se da responsabilidade internacional coletiva, na qual os Estados e as Organizações Internacionais, como expressões de uma coletividade, são sancionados por violação da norma jurídica internacional, incluída aí a violação de direitos humanos. Por outro lado, há a responsabilidade criminal internacional da pessoa humana pela violação de normas jurídico-penal-internacionais.

Nesse rastro, a terminologia empregada sobre o ilícito internacional merece uma revisão. Conforme a teoria clássica do direito internacional público, o delito internacional é todo fato ilícito segundo o direito internacional que

não se amolde ao conceito de crime internacional. Por sua vez, o crime internacional é fato ilícito erga omnes, ou seja, trata-se de ilícito que viola interesses fundamentais da sociedade internacional, e está vinculado à idéia de ordem pública, logo pode ser questionado por qualquer membro da sociedade internacional.

Em tempos do Tribunal Penal Internacional permanente, o ilícito internacional passa a ter um enquadramento penal e outro não penal, ambos bem definidos. Os tribunais penais internacionais ad hoc do século XX aplicavam regras de direito internacional indiscriminadamente para as pessoas naturais (princípio da responsabilidade individual internacional) agregadas a sanções típicas de direito penal independente de haver uma tipificação prévia e sanções preestabelecidas.

Por certo, ao direito penal cabe a aplicação da violência legalizada, a reação à violência ilícita empregada pelo agente. O crime, na condição de uma ação típica, ilícita e culpável, via de regra, está envolto a uma violência física ou moral, afetando a integridade corporal ou mental respectivamente. Com efeito, a pena, como reação a esse ato primeiro, é a privativa de liberdade, a restritiva de direitos e o ato de ceifar a vida, portanto, um ato ontologicamente violento também, entretanto justificado pelo direito.

Nesses termos, a locução do crime internacional deve permanecer restrita ao contexto penalista, haja vista a conceituação particular do crime como a conduta típica, antijurídica e culpável. Os demais ilícitos internacionais não penais, anteriormente chamados de delitos e de crimes internacionais, devem assumir a locução de ilícito internacional, ou então violação de dispositivo internacional ou, até menos, assumir-se como ilícito civil internacional em comparação com os termos de direito interno, cuja estrutura já lida há mais tempo com a diferenciação entre os ilícitos penais e não penais, esses como a violação de normas civis, comerciais e de consumidor, por exemplo.

Se o direito penal internacional tem condições de promover uma alteração na teoria geral do direito internacional, nada mais razoável que uma teoria geral do direito penal internacional comece a ser pensada, a ser desenvolvida como já existe para o direito penal. A difusão acadêmica e científica do novo ramo do direito atrelada às decisões interlocutórias ou afins, às sentenças e às execuções penais provenientes de ordens do TPI já fornecem um vasto conteúdo de pesquisa. Como se enquadrará o sursis, o livramento condicional, a pena, o habeas corpus, o regime de penas, a revisão criminal, a legítima defesa, a persecução criminal, a fonte formal, nesse ramo penal internacio-

nal, enfim, como se desenvolverão os institutos de direito penal internacional?

Tudo isso diz respeito a uma teoria geral, cujo conteúdo já vem sendo construído desde Nuremberg e que precisa agora ser sistematizado. Os tribunais de Nuremberg, de Tóquio, para a Antiga Iugoslávia, para Ruanda e o híbrido de Serra Leoa são vulneráveis a todos os argumentos jurídicos contrários à sua criação: impor tribunais penais a pessoas de direito internacional sem o devido consentimento sobre o ato internacional, considerar crime a conduta baseada em regra costumeira, fazer a norma retroagir para alcançar fatos passados, abusar da interpretação do artigo 29 da Carta da ONU que autoriza o Conselho de Segurança, no uso de suas atribuições, a criar órgãos auxiliares e não tribunais penais. No entanto, não cabe aqui fazer maiores aprofundamentos sobre esses tribunais e o seu viés de legitimidade e de legalidade. Por outro lado, os debates em torno das condutas, dos bens jurídicos a serem tutelados, dos institutos de direito penal e de direito internacional, tudo isso feito desde Nuremberg já aponta um contexto histórico que, de certa forma, favorece o desenvolvimento de uma teoria geral do direito penal internacional.

O terceiro desafio está centrado no viés político. O direito penal internacional não pode perder de vista o princípio da dignidade humana. Esse princípio empresta o lastro político ao ramo, ou melhor, empresta conteúdo à tipificação penal.

O direito penal é a manifestação das características do sistema político e social estatal (BUSTOS RAMÍREZ, 1987, p.584-585). Isso significa afirmar a existência de um duplo aspecto no discurso penalista: o dogmático e o político. A ausência de sintonia entre esses dois aspectos permite um autismo jurídico dissociado dos fatos concretos (BRANDÃO, 2006, p. 10). Dessa relação simbiótica, é possível falar em princípio da insignificância, por exemplo.

Com efeito, a dogmática sem um lastro político de tutela definido abre espaço para discursos populistas e oportunistas. A dogmática imprime tecnicidade ao discurso político, como simultaneamente, o discurso político preenche substancialmente a dogmática. Como posto por Zaffaroni, a alienação técnica do político combinada com a alienação política do técnico possibilita "(...) um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político" (ZAFFARONI, 2005, p.77)³.

Dessa forma, o dogmático se afere a partir do tipo, ou seja, o modelo de conduta considerado criminoso. O político, por sua vez, enquadra-se em movimentos de cunho ideológico. Aí, pode-se perceber o discurso em favor dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, por

exemplo. Por que se jurisdicizar uma proteção sobre determinado bem? Nesse passo, o bem jurídico é a concretização dessa ideologia que empresta conteúdo às condutas tipificadas e antijurídicas. Ele determina aquilo a ser protegido, por que deve ser protegido e o porquê de uma sanção. O bem jurídico é a ligação entre a teoria do delito e a realidade social (CARVALHO, 1992, p.35).

O paradigma adotado após a Segunda Guerra Mundial de defesa da pessoa humana, um ser portador de direitos mínimos a serem respeitados, difundiu outro paradigma nas relações sociais: o princípio da dignidade humana. Na verdade, esse princípio se põe como corolário do discurso de proteção à pessoa humana.

Esse discurso começa a ser construído no século XVIII, tempo de arbitrariedades na aplicação da pena, conseqüentemente, o suplício submetido aos condenados (leia-se qualquer um em desgraça perante o déspota) era ilimitado. O indivíduo era levado parcial ou totalmente despido à praça pública, onde era seviciado e humilhado a partir dos meios mais medonhos possíveis, por fim, desmembrado ou incinerado (FOUCAULT, 2005, p.09). Atitudes semelhantes de crueldade apenas propiciavam um sentimento de vingança do povo em relação ao seu déspota esculpido em forma de desafio: aquele que derrama sangue alheio hoje, terá o seu derramado amanhã (FOUCAULT, 2005, p.63).

O princípio da dignidade humana traz consigo uma série de direitos e de liberdades necessárias ao desenvolvimento da pessoa humana. Individualmente, a pessoa humana detém um conteúdo moral próprio (qualidades e defeitos, bom, mau, altruísta, egoísta, admirável, deplorável, religioso, ateu), bem como, expressões físicas próprias (alto, baixo, gordo, magro, homem, mulher). Esse contexto não se altera. O princípio da dignidade humana não se ocupa disso. Todavia, esse princípio se interessa por estabelecer um padrão axiológico irrenunciável inerente à pessoa humana quaisquer que sejam suas características morais ou físicas (CUNHA, 2007, p.45). Se um determinado valor é reconhecido à pessoa humana pela comunidade, então esse valor não pode ser mitigado pelas atitudes dignas de um patife perpetradas por essa pessoa. A punição está limitada, não pode violar a dignidade, não pode violar esse valor (RABENHORST, 2001, pp.40-41).

2.: O Tribunal Penal Internacional

A batalha para conseguir estabelecer um consenso entre as várias propostas apresentadas durante as negociações entre os plenipotenciários, conseqüentemente, concluir-se o Tratado de Roma de 1998, além de se depositar o

mínimo de ratificações necessárias para a sua vigência, sem dúvida, não foi a pior batalha em torno do Tribunal Penal Internacional. Muitos outros desafios vão colocá-lo à prova nesse início de século XXI.

O primeiro deles está relacionado com a consolidação política do Tribunal. A legitimidade do TPI só se estabelecerá de forma definitiva quanto maior for a adesão de Estados ao Tratado de Roma de 1998. Presentemente, cento e quatro Estados já se manifestaram expressamente quanto ao compromisso firmado no referido ato internacional, ratificando-o⁴.

Entretanto, apesar do número significativo de Estados-membros, a jurisdição do TPI ainda não está passível de atingir boa da população mundial, muito menos passível de atingir os Estados regularmente beligerantes e as maiores potências nucleares existentes.

Trata-se da ausência dos Estados Unidos, de Israel, da Rússia, da Índia e da China. Dentre esses cinco, existem três membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, portanto com poder veto sobre as decisões relacionadas a conflitos que ameaçam a ordem internacional.

Começando pelos dois últimos. Apenas a Índia e a China, esses dois detêm cerca de dois bilhões e meio de pessoas, quarenta por cento da população mundial aproximadamente. A China é apontada como sucessora dos Estados Unidos como potência hegemônica em um lapso de tempo muito breve, além de ter uma força militar com um grande contingente disponível. Por sua vez, a Índia é uma potência nuclear e vive em constante estado de tensão com o Paquistão por conta da região da Caxemira.

Por sua vez, a Rússia detém um dos maiores arsenais de armas nucleares do mundo. Apesar do sucateamento gerado logo após a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, todo o conhecimento produzido não se perde obviamente. Ao contrário, a introdução do pensamento capitalista em cabeças anteriormente socialistas faz despontar a percepção do valor comercial de todo o conhecimento gerado. E assim, Rússia vende tecnologia nuclear ao Irã, bem como vendeu, vende e venderá a qualquer um que puder pagar o preço pedido. Recentemente, o Kremlin declarou a intenção de renovar o seu armamento nuclear diante da ação norte-americana em instalar um escudo antimísseis em território de antigos aliados russos, como a Polônia.

Já Israel está incrustado em uma região árabe. Por conta disso, Israel vive em instabilidade rotineira com os países árabes em seu entorno. A indefinição sobre o reconheci-

mento de um Estado palestino e sobre o espaço de Jerusalém perpetua todo um ciclo de violência. Pela preponderância militar na região, toda ação israelense termina por ser questionada pelos excessos. De um lado, aviões de caça, tanques e metralhadoras; de outro, pedras e velhos fuzis soviéticos. É impossível se enxergar um equilíbrio de forças aí. Sendo Israel um aliado norte-americano e um não-membro do Tratado de Roma de 1998, nunca, nesse estado de coisas, o Conselho de Segurança vai conseguir provocar o TPI sobre qualquer ato israelense, haja vista o poder de veto dos Estados Unidos.

Por fim, o mais polêmico. Os Estados Unidos foram pioneiros em uma atitude desmerecedora de aplausos. A manifestação de vontade de um Estado em relação a um tratado internacional se divide em dois momentos: um de competência de um órgão do Poder Executivo, isto é, a assinatura; e outro de competência do Legislativo, a ratificação. Essa é uma regra comum para os Estados, cuja organização política é pautada na tripartição dos Poderes.

Durante as negociações sobre o conteúdo do Tratado de Roma de 1998, na reunião dos Plenipotenciários, os Estados Unidos assinaram uma minuta do tratado dando todo apoio a uma versão de um tribunal fraco e meramente formal, mais um dentre esses tribunais penais internacionais que não conseguem encerrar nunca seus julgamentos. Entretanto, quando essa versão perde para a versão vigente em votação, os Estados Unidos votam contrariamente. Como se esse ato não bastasse, os Estados Unidos se colocaram a celebrar tratados bilaterais com alguns Estados, estabelecendo o compromisso de não entregar nacionais norte-americanos à jurisdição do TPI.

Esse posicionamento norte-americano é bastante temerário a partir da expectativa lançada sobre o TPI de ser o grande órgão internacional de proteção dos direitos humanos ao julgar os criminosos de guerra e os grandes genocidas. Na medida em que se estabelecem meios de enfraquecimento político de semelhante órgão, essa atitude vai de encontro aos parâmetros estabelecidos pela sociedade internacional.

Além do fortalecimento político do TPI, há ainda algumas questões de cunho jurídico para enfrentamento. A primeira diz respeito ao rito, ao procedimento. Quando o número de casos em processamento crescer, será praticamente inviável o TPI permanecer com a situação atual, ou seja, decidir diretamente com as partes envolvidas todos os meios de provas a serem produzidos, bem como sobre a forma como serão produzidos.

É preciso se estabelecer uma espécie de código processual do TPI, no qual haja uma previsão detalhada dos tipos de

provas e dos critérios de admissibilidade dessas provas em sede de julgamento. Enquanto há poucos casos em tramitação, o fato do rito ser decidido diretamente pela acusação, pela defesa e pelo magistrado não encontra maiores dificuldades e, talvez seja a forma que sintetize a melhor interpretação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. No entanto, o aumento da demanda pela prestação jurisdicional do TPI o tornará impraticável.

Ademais, a conjuntura internacional aponta para algumas condutas a serem tipificadas em vista da instabilidade em potencial que elas já geram para a sociedade internacional. Trata-se do terrorismo e do tráfico internacional de entorpecentes.

O terrorismo faz parte hoje de uma paranóia internacional. Quem usa aeroportos internacionais vive em permanente medo. Diante da repercussão do tema, identificar-se o terrorista parece ser algo fácil, no entanto se conceituar o ato ou tentar se conceituar, ele se mostra algo nada fácil. Há quem defenda inclusive a existência do terrorismo de Estado. Muitas dúvidas, pouco consenso e um medo generalizado e acachapante.

Já o tráfico internacional de entorpecentes já passou por um debate prévio durante as negociações em Roma em 1998, deixando-se para um momento posterior o aprofundamento dos debates e conseqüente tipificação. A própria ação cooperada das polícias dos países, devidamente interligadas pela ação da Interpol (*International Police*⁵), já dá um indicativo de uniformidade no combate ou, pelo menos, aponta para uma uniformização preambular.

Sem se aprofundar nos discursos acalorados pela descriminalização ou pelo recrudescimento na repressão, fato certo é a instabilidade social provocada pelo tráfico internacional de entorpecentes. O tráfico é uma prática sobre a qual se pode dizer complexa, ou seja, a ilicitude sempre se desenrola agregada ao tráfico internacional de armas e à lavagem de dinheiro, por exemplo. A repercussão nos Estados Unidos das ações dos cartéis colombianos e a ação na tríplice fronteira, usando-se os aeroportos do Brasil para escoar as substâncias entorpecentes paraguaias em direção à Europa são demonstrações de como o tráfico internacional é bem organizado, desconhece fronteiras e ameaça as ordens postas.

Já em relação a um débito histórico, não se pode perder de vista também a violência de gênero. É preciso se definir qual a medida de intervenção e de contribuição do TPI sobre a violência contra mulher, principalmente, em relação ao crime de estupro. Não se trata apenas de mais uma circunstância da guerra ou de uma simples satisfação brutal da lascívia, mas, na verdade, trata-se de uma prática

que visa a atingir de forma incisiva o combatente inimigo, subtraindo-lhe um privilégio personalíssimo. Na verdade, a mulher aparece como um troféu entre os beligerantes.

A violência sexual contra a mulher não é apenas um ato cruel para com um ser humano, é um ato simbólico de vilipendiar o direito sobre um bem estabelecido e enaltecido por uma cultura machista por excelência. Nesse sentido, os islâmicos consideram um sinal de riqueza o maior número de mulheres com as quais um homem possa se casar e sustentar. Por outro lado, o Ocidente, apesar de toda pregação monogâmica, vangloria o homem de muitas amantes, seduzidas a partir de uma solércia bem refinada.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada via Resolução nº. 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, frisa que a discriminação contra a mulher é uma violação ao princípio da dignidade humana, bem como se concretiza em um obstáculo ao bem-estar da família, da sociedade, do país e da humanidade.

Enquanto o instrumento das Nações Unidas tem conteúdo mais político e abrangente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresenta um tratado especificamente destinado a combater a discriminação contra a mulher em território americano. Cuida-se da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção de Belém do Pará de 1994. Esse instrumento é mais incisivo no seu texto, declarando expressamente o direito da mulher a viver livre de qualquer violência, incluindo-se nesse rol os abusos sexuais perpetrados por qualquer pessoa do ambiente familiar, da co-habituação, da comunidade ou do Estado. Enfim, reconhece à mulher a dignidade que lhe põe em plena igualdade em relação à figura masculina.

Quanto a outros dois fatos futuros provavelmente estabilizadores da ordem internacional são a escassez de água doce e o esaurimento das reservas de petróleo. A escassez de água doce pode levar a um acirramento das relações internacionais principalmente quanto à proteção de alguns mananciais estratégicos, dentre eles: a Amazônia no trecho de fronteira Brasil-Peru-Venezuela. Questões territoriais, ameaças à soberania, tudo isso gera algum embate, conflitos, excessos, crime de guerra nas formas prevista no Estatuto do TPI. Por outro lado, o esaurimento das reservas de petróleo se mostra um desafio em uma questão estratégica: a nova fonte mundial de energia. O petróleo é a fonte energética mundial principal há duzentos anos. Nesse tempo, o desenvolvimento tecnológico foi muito maior do que nos milênios de existência do homem na Terra. Nessa perspectiva, o etanol aparece como a grande esperança. E isso

demanda grandes espaços para plantio. Será que isso pode implicar um neocolonialismo? Toda colonização é um ato de submissão ideológica do colonizado. A experiência da colonização na América resultou em um verdadeiro genocídio indígena e movimento escravocrata de africanos.

Por fim, será que se pode esperar uma regionalização do TPI? O TPI como pessoa de direito internacional que é pode celebrar tratados. Se um espaço regional como o Mercosul, diante da constante complexização de suas condutas, resolve criminalizar determinadas condutas que lhe são caras, particularmente, as condutas em torno da cláusula democrática. Seria viável se criar um tribunal semelhante ao TPI ou celebrar um tratado para reconhecer a jurisdição do TPI sobre essas determinadas condutas? No caso da União Européia, as condutas ameaçadoras das bases comunitárias poderiam ser criminalizadas semelhantemente?

3: Considerações finais

Como posto no intróito, este trabalho não se dispôs a estabelecer uma hipótese para ratificá-la ou para rechaçá-la ao final da análise. Ao contrário, a disposição foi de enxergar aquilo de relevante para o direito penal internacional e para o TPI que diretamente não se está confinado no conteúdo da norma jurídica.

A relação do direito penal internacional e do TPI com o movimento internacional dos direitos humanos é muito bem cerrada. Toda a dogmática e toda instrumentalização procedimental não podem e não devem deixar de estar focadas no dos direitos humanos. Enquanto o direito penal internacional tutela os bens jurídicos a partir das condutas tipificadas previamente, o TPI é colocado na condição do foro específico, imparcial e livre das ingerências diretas aplicadas sobre os outros tribunais.

A internacionalização do direito penal é muito recente, portanto é um campo de estudo e de pesquisa atraente por estar ainda aberto às construções dos novos institutos e das novas instituições, sem esquecer a recepção dos princípios penal-internacionais compatíveis entre si. Daí, a ciência do direito penal internacional, a criminologia internacional, o criminalista internacional, todos os campos do conhecimento relacionados a essa nova faceta do direito penal estão disponibilizados à contribuição dos pensadores interessados.

A situação do TPI parece ser mais espinhosa do que a do seu respectivo direito substantivo ou material. Os fatos internacionalmente relevantes, os atuais e os de um futuro bem próximo, representam, um desafio à existência do Tribunal. A prestação jurisdicional aguardada dos quatro

primeiros casos (República Democrática do Congo, República Central Africana, Sudão (Darfur) e Uganda) são paradigmáticos, sem dúvida, mas o paradigma advindo daí é mais procedimental, de se saber como o rito se comportou no caso concreto, o que pode ser mudado, mantido ou melhorado.

A real provação do TPI, conseqüentemente da sociedade internacional, será conseguir processar e julgar os criminosos nacionais dos Estados reincidentemente violadores de direitos humanos. Por coincidência, estão nessa lista infame os cinco Estados não-membros do Tratado de Roma de 1998.

Ademais, a tipificação da conduta do tráfico ilícito de entorpecentes e do terrorismo, além dos possíveis conflitos ocasionados pela escassez de água doce e pelo esaurimento das reservas naturais de petróleo, apontam para um contexto internacional repleto de condutas instabilizadoras. Como se conseguirá lidar com tudo isso sem retroceder aos tempos prévios da consolidação do princípio da dignidade humana é o que se pergunta.

4: Referências

AMBOS, Kai. A Construção de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (Organizadores). Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1, 2005 (coletânea);

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control Social y Derecho Penal. Barcelona: PPU, pp.584-585, 1987 (parte de livro);

BRANDÃO, Cláudio. Significado político constitucional do direito penal. Recife: Edição do Autor, p.10, 2006 (texto não publicado);

CARVALHO, Márcia Domelita Lima de. Fundamentação constitucional do direito penal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p.35, 1992 (parte de livro);

CUNHA, Luis Emmanuel Barbosa da. Tribunal Penal Internacional: a constituição de uma instituição supranacional e permanente para processar e para julgar crimes tipificados em acordos internacionais. Recife: Dissertação de Mestrado – UFPE, pp.45, 126-127, 2007;

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 30ª edição. Petrópolis: Vozes, pp.9, 63, 2005 (parte de livro);

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, pp. 40-41, 2001 (parte de livro);

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. Tratado de derecho penal internacional y internacional penal. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, p. 20, 1955 (parte de livro);

ZAFFARONI, Eugenio Raul. En torno de la cuestión penal. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, p.77, 2005 (revista especializada).

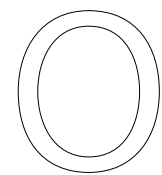
:. Notas

1. Luís Emanuel Barbosa da Cunha é mestre em Direito, advogado do Programa Direitos Humanos Internacionais do GAJOP e professor de direito internacional público das Faculdades Salesiana do Nordeste (FASNE) e das Damas.
2. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/defence/defcounsel.html>. Acesso em: 18 de outubro de 2007.
3. Tradução livre do autor do seguinte trecho: "(...) um vacío que permite dar forma técnica a cualquier discurso político".
4. Informação presente no sítio eletrônico do TPI. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html> Acesso em: 18 de outubro de 2007.
5. Disponível em: <http://www.interpol.int/>. Acesso em: 18 de outubro de 2007.

O caso Mayagna Awas Tingni *contra* a Nicarágua perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: demanda pela demarcação de terras ancestrais indígenas

Jayme Benvenuto Lima Júnior¹

1. Introdução



O caso Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2001, constitui atualmente situação de referência no estudo sobre a jurisprudência da Corte, em razão de sua vinculação com a proteção a direitos sociais, e em particular em razão da demanda por proteção à propriedade comunitária tradicional indígena. A comunidade indígena nicaraguense em questão é constituída de aproximadamente 142 famílias que compõem uma população de cerca de 630 indivíduos. Sua principal aldeia se encontra às margens do Rio Wawa, no Município de Waspan, na Região Autônoma Atlântico Norte (RAAN) da Nicarágua. Trata-se de uma comunidade cuja definição de poder é baseada na liderança tradicio-

nal, orientada pelo costume, reconhecida pelos artigos 89 e 180 da Constituição Nicaragüense e pelo artigo 11 (4) do Estatuto de Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua (Lei nº 28/1997).

Mayagna Awas Tingni subsiste principalmente da agricultura familiar e comunitária, da colheita de frutas e plantas medicinais, da caça e da pesca, atividades desenvolvidas dentro de um espaço territorial, de acordo com um sistema tradicional de posse da terra que está vinculado à organização sócio-política da comunidade.

A demanda jurídica tem início em razão da divergência da comunidade indígena com o ato da Junta Diretora do Conselho Regional da Região Autônoma Atlântico Norte, que em 1995 reconheceu um convênio firmado entre o Governo Regional Autônomo e a Empresa Solcarsa S/A para “iniciar operações forestais [...] na Zona de Wakam-

bay”². Diante de tal ato, o representante legal da comunidade manifesta-se através de carta endereçada ao Ministério do Ambiente e Recursos Naturais (MARENA) em que protesta contra uma possível outorga de concessão nas terras indígenas à Solcarsa S/A, sem a consulta prévia à Comunidade.

Face à possibilidade de perda, a comunidade entrou com um primeiro recurso perante o Tribunal de Apelações de Matagalpa contra o MARENA objetivando suspender a outorga da referida concessão. O referido recurso foi declarado improcedente, mediante a alegação de não haver sido apresentado dentro do prazo legal; diante do que a comunidade apresentou um recurso de amparo por via de fato perante a Corte Suprema de Justiça, solicitando a revisão da decisão do Tribunal de Apelações. Esta Corte, no entanto, levou um ano e meio para se pronunciar acerca do aludido recurso e, quando decidiu, considerou-o intempestivo.

Em março de 1996, o Estado nicaraguense, através do MARENA, outorgou uma concessão à Solcarsa S/A, pelo período de 30 anos, para explorar aproximadamente 62.000 hectares de uma região dentro das terras reclamadas pela comunidade. Os advogados do MARENA comunicaram aos advogados da comunidade que a concessão outorgada à Solcarsa S/A havia sido aprovada pelo Conselho Regional da RAAN, e que as comunidades indígenas não gozavam de personalidade ou existência legal independente, estando representadas pelo referido Conselho. Os líderes da comunidade solicitaram, então, ao Pleno do Conselho Regional, assistência na demarcação de suas terras ancestrais com o objetivo de deter o avanço da concessão outorgada.

Face ao pedido, a Junta Diretora do Conselho Regional comunicou aos advogados da comunidade que sua resolução de nº 25, datada de junho de 1995, estava sujeita à ratificação pelo Pleno do Conselho Regional, ratificação esta que não foi concedida.

Em 29 de março de 1996, dois membros do Conselho Regional da RAAN interpuseram recurso de amparo perante a Corte Suprema de Justiça contra a concessão estabelecida em favor da Solcarsa S/A. A Corte Suprema pronunciou-se a favor do recurso e declarou a inconstitucionalidade da concessão, o que ocorreu em fevereiro de 1997. Posteriormente, funcionários do Estado realizaram ações para que a concessão fosse submetida à aprovação do Conselho Regional da RAAN. A maioria deste Conselho votou a favor da concessão, diante do que a comunidade interpôs um segundo recurso de amparo, através do qual denunciou membros da Junta Diretora por haver apro-

vado a concessão sem considerar os direitos das comunidades indígenas, apesar de existir uma solicitação formal sobre o tema.

Em 12 de novembro de 1997, o Tribunal de Apelações de Matagalpa admitiu o segundo recurso de amparo, instruindo os demandados a apresentarem seus pedidos perante a Corte Suprema de Justiça e negando a solicitação da comunidade de suspender a concessão à Solcarsa S/A. Em 12 de fevereiro de 1998, a Corte Suprema de Justiça da Nicarágua emitiu uma ordem executória da sentença de 27 de fevereiro de 1997, em favor dos membros do Conselho Regional da RAAN.

2.: Procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Mediante a alegação de esgotamento dos recursos internos, conforme disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o caso foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos já no ano de 1995, acompanhado posteriormente de uma solicitação complementar de medidas cautelares, visto que o Estado estava prestes a outorgar a concessão à Solcarsa. Em março de 1996, os petionários enviaram à Comissão uma proposta de solução amistosa para o caso, que já havia sido apresentada aos ministros das Relações Exteriores e do Meio Ambiente e Recursos Naturais. Os petionários apresentaram também um documento mediante o qual outras comunidades indígenas da RAAN e do Movimento Indígena da Região Autônoma Atlântico Sul aderiam à petição apresentada perante a Comissão. Foram realizadas reuniões informais entre as partes e a Comissão, no ano de 1996, com o objetivo de se chegar a uma solução amigável para o caso. Nessas ocasiões, a comunidade indígena solicitou ao Estado a demarcação de suas terras ancestrais e, enquanto isto não ocorresse, que a concessão à Solcarsa fosse suspensa. O Estado da Nicarágua rechaçou a proposta de acordo. Os petionários propuseram que a Comissão visitasse a Nicarágua para dialogar com as partes. Após certo acirramento nas relações, o Estado apresentou documentos probatórios anunciando a criação da Comissão Nacional de Demarcação e convidando os petionários a participar da mesma.

Em 1997, os petionários reiteraram sua solicitação de medidas cautelares, informando posteriormente que o Estado não havia suspenso as atividades florestais na área. A Comissão solicitou ao Estado a adoção de medidas cautelares para suspender a concessão à Solcarsa, enquanto o Estado solicitou à Comissão o arquivamento do caso, tendo em vista que o Conselho Regional da RAAN havia ratificado a aprovação da concessão à Solcarsa. Os peti-

cionários, por sua vez, informaram que o Conselho Regional da RAAN era parte da organização político-administrativa do Estado e estava atuando sem levar em conta os direitos territoriais da comunidade. Solicitaram, ainda, que a Comissão observasse o disposto no art. 50 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em seguida, o Estado comunicou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que não se havia esgotado os recursos internos referentes ao caso, invocando a aplicação dos artigos 46 da Convenção e 37 do Regulamento da Comissão. Em 03 de março de 1998, a Comissão aprovou o relatório de n. 27/98 em que se define a responsabilidade do Estado nicaraguense pela violações ao direito à propriedade indígena tanto do ponto de vista substantivo quanto da impossibilidade de acesso aos recursos internos para as pretensões comunitárias:

141. Sobre a base das ações e omissões examinadas, (...) que o Estado da Nicarágua não tem cumprido com suas obrigações sob a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Estado da Nicarágua não demarcou as terras comunais da Comunidade Awas Tingni, nem de outras comunidades indígenas. Tampouco tomou medidas efetivas que assegurem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras. Esta omissão por parte do Estado constitui uma violação aos artigos 1, 2, e 21 da Convenção, os quais em seu conjunto estabelecem o direito a ditas medidas efetivas. Os artigos 1 e 2 obrigam os Estados a tomar as medidas necessárias para implementar os direitos contidos na Convenção.

142. O Estado da Nicarágua é responsável por violações ao direito à propriedade na forma ativa, consagrado no artigo 21 da Convenção, ao outorgar uma concessão à companhia SOLCARSA para realizar nas terras Awas Tingni trabalhos de construção de estradas e de exploração de madeira, sem o consentimento da Comunidade Awas Tingni.

143. [...] o Estado da Nicarágua não garantiu um recurso efetivo para responder às reclamações da Comunidade Awas Tingni sobre seus direitos às terras e recursos naturais, de acordo com o artigo 25 da Convenção.³

A Comissão ainda recomendou à Nicarágua a introdução em seu ordenamento jurídico de procedimento adequado às pretensões pela demarcação de terras, a suspensão da concessão e o diálogo com a comunidade indígena, conforme definição abaixo reproduzida:

a. Estabelecesse um procedimento em seu ordenamento jurídico, aceitável às comunidades indígenas envolvidas, que tivesse como resultado a pronta demarcação e o reconhecimento oficial do território de Awas Tingni e dos territórios de outras comunidades da Costa Atlântica;

b. Suspendesse com a maior brevidade, toda atividade relativa à concessão madeireira outorgada à SOLCARSA pelo Estado dentro das terras comunais de Awas Tingni, até que a questão da posse da terra que afeta as comunidades indígenas houvesse sido resolvida, ou que se houvesse chegado a um acordo específico entre o Estado e a Comunidade Awas Tingni; [y]

c. Iniciasse no prazo de um mês um diálogo com a Comunidade Awas Tingni, a fim de determinar sob que circunstâncias se poderia chegar a um acordo entre o Estado e a Comunidade Awas Tingni.⁴

Com relação às recomendações da Comissão, a Nicarágua manifestou resposta intempestiva assinalando contar com uma Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica e haver procedido à preparação do Projeto de Lei de Propriedade Comunitária que tem como objetivos o estabelecimento do credenciamento das comunidades indígenas e suas autoridades, a delimitação e titulação das propriedades e a solução do conflito. Em relação à recomendação de suspender toda atividade relativa à concessão madeireira outorgada à SOLCARSA e cumprir com a sentença da Corte Suprema de Justiça, o Estado da Nicarágua informou haver cancelado a concessão e notificado a SOLCARSA da decisão.

No que toca às conclusões da Comissão no mesmo relatório de n. 27/98, o Estado nicaraguense expressou reconhecimento dos direitos das comunidades indígenas, consagrados na Constituição e normas legislativas, assinalando que:

o [G]overno da Nicarágua tem dado fiel cumprimento às anteriores disposições legais, e por conseguinte, sua atuação tem sido acorde com o ordenamento jurídico nacional e com o que estabelecem as normas e procedimentos da Convenção [Americana sobre] Direitos Humanos. Por sua parte, a Comunidade de Awas Tingni exerceu seus direitos declarados na lei e teve acesso aos recursos que a mesma lhe confere.⁵

Com base em argumentos acima expostos, a Nicarágua pediu à Comissão o arquivamento do caso. Entretanto, em

04 de Junho de 1998, a Comissão submeteu o caso à Corte por considerar que havia se esgotado sua capacidade de mediar uma solução amistosa.

3.: O procedimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Nicarágua é um Estado parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 25 de setembro de 1979 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 12 de fevereiro de 1991, razão pela qual esta julgou-se competente para conhecer o caso.

A apresentação da demanda à Corte foi feita invocando-se os artigos 50 e 51 da Convenção Americana e os artigos 32 e seguintes do Regulamento da Corte. A Comissão submeteu o caso à Corte para que a mesma decidisse a respeito da violação dos artigos 1º. da Convenção (Obrigação de Respeitar os Direitos), 2º. (Dever de Adotar Disposições de Direito), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial). A Comissão ainda solicitou à Corte que declarasse a obrigação do Estado em demarcar as terras da comunidade, abster-se de outorgar concessões até que a questão fosse resolvida, indenizar a comunidade e pagar as custas e gastos referentes ao processo.

3.1 A apresentação de Exceções Preliminares perante a Corte

No dia 19 de agosto de 1998, o Estado da Nicarágua interpôs uma exceção preliminar com fundamento no não esgotamento dos recursos da jurisdição interna, conforme os artigos 46 e 47 da Convenção e solicitou que a Corte declarasse a inadmissibilidade da demanda, sob os argumentos de que a comunidade incorrera em uma série de omissões e atuações processuais defeituosas na impugnação da concessão florestal outorgada pelo governo; não usara todos os recursos jurisdicionais existentes; e não formulara uma petição às autoridades competentes no âmbito da administração central.⁶

Em suas observações, a Comissão manifestou que a exceção preliminar interposta pelo Estado deveria ser declarada inadmissível em razão de aquele haver reconhecido sua responsabilidade, ao assinalar, em diferentes comunicações do mês de maio de 1998, a maneira como estava cumprindo as recomendações da Comissão e ao requerer a suspensão de 12 meses para informar sobre as medidas acerca das recomendações. Argumentou que a Nicarágua não pleiteou a exceção durante o procedimento na Comissão, não cabendo fazê-lo perante a Corte. A Comissão também levantou que membros da comunidade se dirigiram várias vezes aos órgãos assina-

lados como competentes pelo Estado (no momento de sua contestação) com o intuito de resolver o caso, não tendo estes órgãos se declarado competentes ou se proposto a resolver a demanda.

A Nicarágua contra-argumentou que havia pleiteado e reiterado à Comissão a exceção de não esgotamento dos recursos internos desde o início do procedimento da Comissão:

especificamente, em sua resposta ao memorando de entendimento apresentado pelos peticionários dentro do marco de solução amistosa e, em reiterados escritos ao longo da tramitação do caso, entre eles: os de data de 5 de novembro, 4 e 19 de dezembro de 1997, 14 de fevereiro e 2 de março de 1998. Além do mais, esta posição foi expressa por representantes do Governo em audiências celebradas na sede da Comissão no último dia 4 de março de 1997 e posteriormente, no mês de outubro do mesmo ano.⁷

Acerca de tal alegação, a Comissão assinalou que, de acordo com o princípio de *estoppel*, o Estado estava impedido de alegar a exceção já que, depois de um longo processo de encontros com a Comissão e a comunidade,

e[ra] a primeira vez na história deste caso que o Estado apresenta[va] o argumento de não esgotamento por erro processual das vítimas". Entretanto, indicou que "[c]omunicações posteriores do Estado que argumentavam o não esgotamento de recursos internos não chegaram à Comissão até novembro de 1997, e não fizeram referência ao primeiro recurso de amparo da Comunidade senão a seu segundo recurso e a recursos de amparo interpostos por outras partes em oposição à outorga da concessão à SOLCARSA.⁸

O Estado, enfim, não podia pleitear a exceção depois de haver participado do procedimento de solução amistosa durante anos. Com relação à regra de esgotamento dos recursos internos, a Corte resolveu considerar que o Estado pode, de acordo com os princípios de Direito Internacional, em primeiro lugar renunciar de forma expressa ou tácita à invocação de tal regra.⁹ Em segundo lugar, a Corte decidiu que para que uma exceção seja oportuna, é preciso que a mesma seja pleiteada nas primeiras etapas do procedimento, na falta da qual se deduz ter havido a renúncia tácita por parte do Estado.¹⁰ Decidiu, por tanto, a Corte, por unanimidade, desestimar a exceção preliminar e continuar o conhecimento do caso.¹¹

3.2 A decisão de mérito e sua relação com os direitos sociais

A Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Estado violou, em prejuízo da comunidade Awas Tingni, o artigo 25 da Convenção Americana (direito à proteção judicial), em conexão com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção. Para tanto, a Corte considerou o conteúdo dos artigos 5º., 89 e 180 da Constituição Política da Nicarágua de 1995 e da lei que regula o Estatuto da Autonomia das Regiões da Costa Atlântica da Nicarágua, além do decreto nº 16, de 23 de agosto de 1996, referente à criação da Comissão Nacional para a Demarcação das Terras das Comunidades Indígenas da Costa Atlântica, que determina que se faz necessário estabelecer uma instância administrativa adequada para iniciar o processo de demarcação das terras tradicionais das comunidades indígenas. Considerou também a lei nº 14, chamada de Lei de Reforma Agrária, a qual estabelece no seu artigo 31 que: *“O Estado disporá das terras necessárias para as comunidades Miskitas, Sumos, Ramas e demais etnias do Atlântico da Nicarágua, com o propósito de elevar seu nível de vida e contribuir para o desenvolvimento social e econômico da [N]ação”*.¹²

Com base no acima exposto, a Corte considerou evidente a existência de normas que reconhecem e protegem a propriedade comunitária indígena na Nicarágua¹³. No entanto, notou que o procedimento para titulação das terras ocupadas pelos grupos indígenas não estava claramente regulado na legislação nicaragüense. A dita lei nº 14, na consideração da Corte, não estabelecia um procedimento específico para a demarcação e titulação das terras indígenas atendendo a suas características particulares. A consideração se baseou em depoimentos de várias testemunhas e peritos que compareceram perante a Corte e manifestaram que na Nicarágua há um desconhecimento geral e uma incerteza do que se deve fazer e perante quem se deve dirigir uma petição relacionada à demarcação e titulação de terras.

O mesmo foi sustentado em provas documentais, como o *Diagnóstico General* sobre “a posse da terra nas comunidades indígenas da Costa Atlântica”, que afirmava:

[...]a ausência de uma legislação que atribua ao INRA as faculdades específicas para titular as terras comunais indígenas” e se afirma que é possível que a existência de “ambigüidades legais haja [...] contribuído à marcada lentidão da resposta do INRA às demandas indígenas pela titulação comunal”. E [...]existe uma incompatibilidade entre as leis específicas de Reforma Agrá-

*ria sobre a questão da terra indígena e o ordenamento legal do país. Esse problema implica confusão legal e conceitual, e contribui para a ineficácia política das instituições encarregadas de resolver este tema.*¹⁴

A propósito da situação social dos índios da região, alguns depoimentos de peritos do caso são elucidativos. Na visão de Rodolfo Stavenhagen Gruenaum¹⁵, antropólogo e sociólogo, os povos da região estão num estado tradicionalmente marginalizado pelo poder central e vinculados a algum interesse do tipo econômico ou internacional, embora muito conscientes de sua identidade cultural, com formas de organização próprias que os distinguiria do resto da população da Nicarágua. Para Stavenhagen, os povos indígenas, em diferentes países do continente, enfrentam problemas de discriminação, situação que tem se modificado há alguns anos, devido a mudanças legislativas e constitucionais, à opinião pública e também devido às reclamações e pelo seu nível de organização. Outro perito, Roque de Jesús Roldán Ortega¹⁶, advogado, afirmou haver na Nicarágua dois tipos de indígenas: um situado na Zona Pacífica, fortemente vinculado à economia de mercado e bastante integrado aos padrões da cultura nacional e outro situado na Zona Atlântica, que mantém fortes traços de sua cultura tradicional, entre os quais se encontram os Mayagna. Na sua percepção, a partir do descobrimento da América Latina, a política de tratamento dos povos indígenas baseou-se na busca de uma integração acelerada daqueles povos aos padrões de vida do resto da sociedade nacional. Paulatinamente, os países viriam modificando seu regime constitucional, passando a reconhecer a diversidade cultural dos povos indígenas e o direito à legalização de suas terras. A Nicarágua, a seu juízo, foi um dos primeiros países da América Latina a fazer esse reconhecimento, a partir do momento em que sua Constituição Política de 1987 e a Lei de Autonomia foram adotadas, considerando os indígenas “proprietários plenos da terra”. Apesar da garantia constitucional avançada, algumas mudanças de ordem legal seriam necessárias no país, entre elas nas normas constitucionais, de modo a viabilizar na prática os direitos indígenas. A perita Lottie Marie Cunningham de Aguirre¹⁷, advogada, acrescentou que as comunidades indígenas enfrentavam historicamente problemas com o sistema judicial do país devido à falta de harmonia entre o Direito Positivo e o Direito Consuetudinário, bem como devido à demora judicial em assuntos de interesse social. A perita esclareceu que a Constituição da Nicarágua consagra, do ponto de vista formal, o direito de propriedade das comunidades indígenas nos artigos 5, 89 e 180.

Para a Corte, ficou provado inexistir na Nicarágua uma política de titulação de terras de comunidades indígenas. A declaração da perita Lottie Marie Cunningham de Aguirre é clara nesse sentido, ao afirmar não existir nenhum procedimento interno através do qual as comunidades possam se valer para defender seus direitos ancestrais.

A Corte considerou provado que a comunidade Awas Tingni havia realizado diversas ações perante várias autoridades nicaragüenses no sentido de fazer valer os seus direitos. Em particular no que diz respeito aos recursos de amparo apresentados pela comunidade, a Corte julgou que o Estado desconheceu o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana.

As declarações de diversas testemunhas demonstraram a ausência de respostas do governo, em que pesem as ações da comunidade pelo reconhecimento de seus direitos. Jaime Castillo Felipe¹⁸, na condição de ex-síndico da comunidade, informou à Corte que, de 1991 a 1996, requereu ao INRA a titulação ou demarcação das terras em favor da comunidade, no entanto, as gestões foram infrutíferas, visto não haver obtido resposta até aquela data. Em 12 de março de 1996, entrou com um pedido perante o governo Regional da RAAN, obtendo como resposta que o órgão iria estudar sua solicitação, mas não recebendo qualquer resposta. Na oportunidade, apresentou mapas da comunidade, o censo da população e um documento referente ao território da comunidade elaborado pelo Doutor Theodore MacDonald, da Universidade de Harvard. Brooklyn Rivera Bryan¹⁹, dirigente indígena pertencente a uma das comunidades Miskitas e residente na Região Autônoma do Atlântico Norte da Nicarágua, declarou haver realizado ações opondo-se à outorga das concessões. Por não obter uma atenção adequada do Estado, enviou uma comunicação a todos os demais ministros, os quais não demonstraram nenhum interesse no assunto. Acompanhada dos representantes das comunidades, a testemunha se comunicou com as altas autoridades do MARENA para pleitear as inquietações das comunidades. A posição de tal instituição, igualmente à do Governo, era de que as áreas vazias eram do Estado, que as comunidades não possuíam título de propriedade e que a concessão lhes iria trazer benefícios porque geraria empregos. Em sua visão, nunca se consultou as comunidades indígenas da região sobre a conveniência da concessão à Solcarsa, nem tão pouco se assumiu um compromisso de investigar e atender de forma adequada às reclamações da comunidade. Humberto Thompson Sang²⁰, membro da Comunidade indígena Lanlaya, prestou declaração no mesmo sentido: interpôs dois recursos contra a concessão à Solcarsa, mas a situação da demarcação e titulação das terras indígenas seguiu sem progressos.

À luz do artigo 21, combinado com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, a Corte considerou que o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da comunidade Awas Tingni visto que não delimitou nem demarcou a propriedade comunitária e outorgou concessões a terceiros para exploração de bens e recursos existentes na propriedade indígena. Baseou-se, para tanto, numa interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, levando em conta as normas de interpretação aplicáveis, em conformidade com o artigo 29.b da Convenção (que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos). Na visão da Corte, o art. 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas em relação à propriedade comunitária que, por sua vez, também está reconhecida pela Constituição Política da Nicarágua. Na decisão, a Corte levou em conta que a relação das comunidades indígenas com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual, inclusive como preservação do seu legado cultural e transmissão deste às gerações futuras²¹.

A necessidade de titulação, portanto, seria inquestionável. Segundo declaração de Jaime Castillo Felipe²², essa necessidade era demonstrada pelo fato de quando uma pessoa morria na comunidade não haver como passar aos outros o direito pelo uso da terra, situação que deixava a todos vulneráveis. A respeito do reconhecimento do direito à propriedade das terras ancestrais, também é importante o testemunho de Charly Mclean Cornelio²³, natural da comunidade, e à época do julgamento secretário da Comissão Territorial de Awas Tingni. Em 1991, ele participou, junto com outros líderes da comunidade, da elaboração do mapa que define os limites territoriais Mayagna. Para ele, a luta dos Mayagna para que o Estado reconheça seu direito histórico à terra data de muito tempo atrás. Uma das últimas tentativas de obter o Direito foi mediante a elaboração de um documento intitulado *Luchando para Mayagna Sumo*, através do qual a comunidade solicitou o reconhecimento de seus direitos ao INRA, sem, no entanto, ter obtido resposta do ministro. A propósito, o histórico de ações da comunidade sem resposta do Estado sugere uma estratégia para retirar-lhe o fôlego para lutar por seus direitos, como, aliás, acontece em diversas partes das Américas.

O caráter comunitário da propriedade indígena, a propósito, é amplamente sustentado pela doutrina relacionada aos direitos indígenas.

Vivendo em sociedades tribais, os nativos tinham da terra – como do resto das coisas – uma idéia

de objeto da apropriação coletiva, em benefício de todos. (...) O instituto prático primitivo da comunhão da terra associava-se à característica da completa autonomia de vontade dos indivíduos. Laços de autoridade quase não existiam, senão nos momentos de guerra. Cada qual fazia o que bem entendesse. Só os mitos e costumes do grupo é que mantinham a união. (...) tratava-se de uma sociedade economicamente homogênea e politicamente dispersa, garantida pela posse coletiva dos bens.²⁴

A propriedade coletiva é explicada por muitos em função das características das sociedades pré-coloniais:

As sociedades indígenas pré-coloniais, assim como as demais sociedades humanas, são homogêneas, isto é, indivisíveis. Qualquer separação do jurídico, do econômico, do religioso, do político e do social é artificial, pois existe uma rede de interligações de todas as atividades humanas, não sendo possível, na prática, isolá-las.²⁵

Com a sentença, portanto, a Corte Interamericana demonstra a capacidade de absorver aspectos importantes do direito indígena tradicional, para além de considerações sobre o pluralismo jurídico²⁶. Além de sua história e cultura, a legitimidade indígena para requerer a propriedade de terras ancestrais encontra-se na função social da propriedade²⁷, garantida pelas normas constitucionais contemporâneas e que:

não podem ser interpretadas, segundo entendeu erroneamente uma parte da doutrina germânica, como simples diretrizes para o legislador, na determinação do conteúdo e dos limites da propriedade. Elas dirigem-se, na verdade, diretamente aos particulares, impondo-lhes o dever fundamental de uso dos bens próprios, de acordo com a sua destinação natural e as necessidades sociais.²⁸

A Corte assinalou também não haver provas da existência de danos materiais aos membros de Awas Tingni, afirmando que a sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação para os membros da comunidade. Contudo, considerou que devido à falta de delimitação, demarcação e titulação da propriedade comunitária, o dano imaterial sofrido deveria ser reparado, por via substitutiva, mediante uma indenização pecuniária, fixada conforme a equidade e baseando-se em uma apreciação prudente do dano imaterial.

Por sete votos contra um, a Corte declarou.²⁹

1. que o Estado violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção, em conformidade com o exposto no parágrafo 139 da presente Sentença.

Dissente o Juiz Montiel Argüello.

(...)

2. que o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em prejuízo dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção, em conformidade com o exposto no parágrafo 155 da presente Sentença. (...).

Por unanimidade, declarou a Corte:

3. que o Estado deve adotar em seu direito interno, em conformidade com o artigo 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, acorde com o direito consuetudinário, os valores, usos e costumes destas, de conformidade com o exposto nos parágrafos 138 e 164 da presente Sentença.

(...)

4. que o Estado deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e abster-se de realizar, até que não se efetue essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o goce dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em conformidade com o exposto nos parágrafos 153 e 164 da presente Sentença.

(...)

5. que a presente Sentença constitui, per se, uma forma de reparação para os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni.³⁰

Por sete votos contra um, decidiu a Corte

6. *por equidade, que o Estado deve investir, a título de reparação do dano imaterial, no prazo de 12 meses, a quantia total de US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em comum acordo com esta e sob a supervisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em conformidade com o exposto no parágrafo 167 da presente Sentença. (...).*

7. *por equidade, que o Estado deve pagar aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a quantia total de US\$ 30.000 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e custas em que incorreram os membros de dita Comunidade e seus representantes, ambos causados nos processos internos e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção, em conformidade com o exposto no parágrafo 169 da presente Sentença. (...).*³¹

Por unanimidade, decidiu a Corte:

8. *que o Estado deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada seis meses, a partir da notificação da presente Sentença, um informe sobre as medidas tomadas para o cumprimento.*

(...)

9. *decide que supervisionará o cumprimento desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado haja dado cabal aplicação ao disposto na presente decisão.*³²

Do ponto de vista documental, a Corte baseou sua decisão num estudo intitulado *Diagnóstico de la tenencia de la tierra de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica*, elaborado pelo *Central American and Caribbean Research Council*, apresentado pelo governo, e em três documentos apresentados pela Comissão, dois dos quais a respeito do ditame etnográfico chamado *Awás Tingni - un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio* e na cópia de um outro documento intitulado *Awás Tingni: Un Estudio Etnográfico de la Comunidad y su Territorio. Informe 1999*.

A importância cultural e religiosa do território para os indígenas é também ilustrada pelos depoimentos de peritos e testemunhas. Para Jaime Castillo Felipe, o território

dos Mayagna é vital para o desenvolvimento cultural, religioso e familiar e para a própria subsistência da comunidade indígena. O território, para eles, é sagrado. Quando os habitantes de Awás Tingni passam por certos lugares, que datam de 300 séculos, segundo seu avô Ihe dizia, têm que fazê-lo em silêncio, como sinal de respeito a seus mortos e saúdam a *Asangpas Muigeni*, o espírito do monte. Por seu lado, na visão do perito Rodolfo Stavenhagen Grue-naum, um tema fundamental para a definição dos povos indígenas é sua relação com a terra, sendo preciso compreendê-la não como um simples instrumento de produção agrícola, mas como parte de um espaço geográfico e social, simbólico e religioso, com o qual se vincula a história e a atual dinâmica daqueles povos. A própria saúde física, mental e social dos povos indígenas estão vinculadas ao conceito da terra, como ilustra Bastos.

*(...) o problema das terras indígenas não se reduz a uma simples questão de direito patrimonial, mas está intimamente associada às variantes culturais da vida do indígena, e juridicamente, deve ser observada também como problema cultural, especialmente a se considerá-las como habitat remanescente de populações primitivas.*³³

É instigante a abordagem de Lopes em relação às exigências crescentes por validação de direitos sociais em confrontação com as tensões do passado sobre direitos igualmente emergentes:

*E assim como no século XIX os proprietários de escravos diziam que a abolição seria uma atitude inconstitucional, porque eles haviam licitamente adquirido escravos segundo as leis e a própria Constituição do Império, assim hoje debate semelhante se opera entre nós.*³⁴

A diferença é que – como, aliás, indicado no texto de Lopes – hoje,

*com a constitucionalização de direitos sociais, com a expectativa de incorporação à cidadania, com a organização dos movimentos sociais com reivindicações vinculadas em termos não apenas políticos, mas já político-jurídicos, são estes não possuidores, são estes, a quem foi atribuída a situação de marginalizados que chegam crescentemente aos tribunais pedindo sua parte na riqueza social.*³⁵

A sentença da Corte, embora não tendo o propósito de se sobrepor à decisão nacional, recupera o sentido para o qual o Poder Judiciário se justifica. Discorrendo sobre a crise deste poder, apegado a um formalismo e à sustentação de elites do passado, corrobora Cintra Junior:

*As decisões técnicas de juízes que elaboram nada mais que a operação silogística de subsunção do fato às leis garantidoras da propriedade civil não resolvem a questão e são socialmente desconfirmadas, num evidente desprestígio para o Poder Judiciário. Não se pode apartar aquelas leis antigas de sua dimensão constitucional atual. Hoje, um dos atributos básicos da propriedade é sua função social (...).*³⁶

Com o que é possível resgatar o sentido dos estados modernos pluriculturais:

*(...) os estados modernos, ao se proclamarem pluriculturais reconhecem, pelo menos no plano do imaginário social, que o direito ao reconhecimento é uma das aspirações fundamentais da pessoa humana e que as reivindicações surgidas a partir das identidades coletivas, embora produto de sua inserção histórica no conjunto da nação, expressam uma nova forma de articulação e de reprodução sócio-política das chamadas alteridades. (...) Essa identidade só se tornará compreensível (...) na medida em que for possível reconstruir a história e a inserção do 'grupo étnico' no tecido das relações sociais mais amplas, suas formas de resistência, suas modalidades e reprodução econômico-social, suas relações políticas com o Estado e as condições psicológicas decorrentes do conjunto de estereótipos que a nação lhe atribui, conjunto que – sabemos – é composto de preconceitos expressos ou velados, de valores negativos, de paternalismos escamoteadores, de relações – enfim – que expressam a forma da historicidade compulsória projetada sobre as desvalidas 'sociedades sem história.'*³⁷

3.3 A decisão sobre medidas provisórias

Uma terceira sentença sobre o caso foi adotada pela Corte Interamericana em função de uma comunicação dos representantes da comunidade Mayagna, de 19 de julho de 2002, mediante a qual, em conformidade com os artigos 63.2 da Convenção, requeriam medidas provisórias com o objetivo de preservar a integridade do direito ao uso e gozo da comunidade sobre suas terras e recursos, tal como reconhecido pela sentença de 31 de agosto de 2001. A ordenação de medidas provisórias se fazia necessária para evitar o dano imediato e irreparável resultante de atividades contínuas de terceiros que permaneciam no território da comunidade ou que exploravam os recursos naturais de suas terras através de medidas específicas. Ainda na avaliação dos representantes da comu-

nidade, a Nicarágua não estava cumprindo seu compromisso, ditado na referida sentença, e, pior, estava permitindo que se perpetuasse a invasão das terras da comunidade, especialmente com relação às atividades agropecuárias e de exploração madeireira na zona.

A Corte, à luz do art. 63.2 da Convenção Americana e do art. 25 do seu Regulamento, observou que os antecedentes apresentados pelos representantes das vítimas em seu pedido demonstravam uma situação de extrema gravidade e urgência em relação ao respeito à propriedade da comunidade Mayagna, incluindo os seus recursos, que são base de sua subsistência, cultura e tradições, decidindo adotar as seguintes medidas provisórias.

1. Requerer ao Estado que adote, sem demora, quantas medidas forem necessárias para proteger o uso e gozo da propriedade das terras pertencentes à Comunidade Mayagna Awas Tingni e dos recursos naturais existentes nelas, especificamente aquelas tendentes a evitar danos imediatos e irreparáveis resultantes das atividades de terceiros que tenham se assentado no território da Comunidade ou que explorem os recursos naturais existentes no mesmo, até que tanto não se produza a delimitação, demarcação e titulação definitivas ordenadas pela Corte.

2. Requerer ao Estado que dê participação aos peticionários no planejamento e implementação das medidas e que, em geral, os mantenha informados sobre a implementação das medidas prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. Requerer ao Estado que investigue os fatos denunciados que deram origem às presentes medidas com a finalidade de descobrir os responsáveis e sanciona-los.

4. Requerer ao Estado, aos representantes da Comunidade à Comissão Interamericana que informem à Corte sobre as medidas adotadas para a implementação do "acordo de reconhecimento provisional dos direitos de uso, ocupação e aproveitamento da Comunidade" tão logo essas sejam implementadas.

5. Requerer ao Estado que informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada dois meses, sobre as medidas provisórias adotadas e requerer aos representantes da Comunidade que apresentem suas observações aos relatórios correspondentes no prazo de quatro semanas con-

tado a partir de seu recebimento e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresente suas observações a ditos relatórios dentro de um prazo de seis semanas contado a partir de seu recebimento.³⁸

Diante de um caso com as características deste, não poderia ser mais significativa a conclusão de Cançado Trindade a seu respeito:

Em um caso contencioso (sentença quanto ao mérito) sem precedentes, o da Comunidade Mayagna Awas Tingni versus Nicarágua (2001), a Corte protegeu toda uma comunidade indígena, e seu direito à propriedade comunal de suas terras (sob o artigo 21 da Convenção); determinou a Corte que a delimitação, a demarcação e a titulação das terras da referida comunidade indígena deveriam efetuar-se em conformidade com seu direito consuetudinário, seus usos e costumes.³⁹

4.: Conclusão

Com a sentença sobre o caso Mayagna Awas Tingny contra a Nicarágua, a Corte Interamericana demonstrou a capacidade de absorver aspectos importantes do direito indígena tradicional, ao mesmo tempo em que os compatibilizava com a normativa internacional regional de proteção dos direitos humanos. Além de sua história e cultura, a legitimidade indígena para requerer a propriedade de terras ancestrais encontra-se na função social da propriedade, garantida pelas normas constitucionais contemporâneas. Estamos diante, claramente, de uma decisão com todos os elementos requeridos para entendê-la como alusiva à proteção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, sem que, para tanto, direitos humanos civis e políticos tenham sido considerados.

Apesar das consideráveis limitações ainda evidentes no que se refere à validação de direitos humanos no plano internacional, o caso é também revelador de que vivemos um momento único na história dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. No campo específico da proteção internacional dos direitos humanos, as cortes regionais de proteção dos direitos humanos representam o que há de mais sofisticado em termos da busca de garantia pela plena efetividade para os direitos humanos no plano internacional.

O novo momento do direito internacional é resultado da necessidade de estabelecer limites à noção tradicional de responsabilização do Estado na arena internacional em

situações em que as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos, conforme declarados em instrumentos internacionais e nacionais, e considerando que os Estados participam do sistema internacional de proteção dos direitos humanos por livre e espontânea vontade.

A proteção a direitos humanos econômicos, sociais e culturais pela via da justiciabilidade – acesso ao Poder Judiciário – internacional apresenta-se como uma caminho em consonância com o princípio da igualdade ou da não discriminação, que circunda todo o *corpus juris* da proteção internacional dos direitos humanos, aplicando-se a todas as categorias de direitos,

porquanto já não teria sentido levar às últimas conseqüências as violações do princípio da não discriminação no tocante tão somente aos direitos civis e políticos e continuar tratando as mesmas violações com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais complacentemente como meras conseqüências adversas das políticas econômicas ou públicas dos Estados, senão como uma simples e lamentável fatalidade.⁴⁰

A conseqüência prática para o reconhecimento do princípio da indivisibilidade no caso Mayagna Awas Tingny contra a Nicarágua, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, representa o atendimento a medidas positivas de proteção para direitos sociais. Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais – como os direitos humanos em geral – devem fazer-se acompanhar de várias maneiras de realização prática, incluindo a judicial, para merecerem a designação de direitos humanos. Este é um imperativo do qual não se pode escapar, sob pena de vermos os direitos humanos reduzidos a normas programáticas.

.: Bibliografia Consultada

.: Livros

1. BASTOS, Aurélio Wander. As Terras Indígenas no Direito Constitucional Brasileiro e na Jurisprudência do STF. In: SANTOS, Silvo Coelho dos. (Org.). **Sociedades Indígenas e o Direito**: uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: UFSC, 1985.
2. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Pref.) O Acesso Direto dos Indivíduos à Justiça Internacional. In: LIMA JR., Jayme Benvenuto (Org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais**: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

3. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução, Estado Atual e Perspectivas. In **Tra-
tado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume III. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2003.

4. CARVALHO, Edgard de Assis. Identidade Étnico-cultural e Questão Nacional. In: SANTOS, Silvo Coelho dos. (Org.). **Sociedades Indígenas e o Direito**: uma questão de Direitos Humanos. Florianópolis: UFSC, 1985.

5. CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. O Judiciário Brasileiro em face dos Direitos Humanos. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Rio de Janeiro, v. 59, n. 104/106, 1996.

6. COLAÇO, Thais Luzia. O Direito Indígena Pré-colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

7. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Org.). **O Cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, 1999.

8. LIMA JR., Jayme Benvenuto. O Caráter Expansivo dos Direitos Humanos na Afirmação de sua Indivisibilidade e Exigibilidade. In: PIOVESAN, Flávia. (Org.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional**: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

9. LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

10. LOPES, José Reinaldo de Lima. A Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

11. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

12. Rangel, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos Povos Indígenas: da Nova Espanha até a Modernidade. In **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. WOLKMER, 1998.

13. RUSCHEL, Ruy Ruben. O Direito de Propriedade dos Índios Missionários. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

14. SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a História Jurídica Social de Pasárgada. In: SOUSA JR., José Geraldo de (Org.). **O Direito Achado na Rua**. Brasília: UNB, 1990.

15. SZABO, Imre. **Cultural Rights**. Budapeste: A. W. Sijthoff – Leiden, 1974.

:: Documentos da Internet

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. **Instrumentos Internacionales**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/afines/interamericano.html>>. Acesso em: 11. fev. 2007.

2. _____. **Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/serie-cpdf/seriec_66_esp.pdf>. Acesso em: 11. fev. 2007.

3. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Adotada pelo mandato em 1959, 5ª Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores. Santiago, Chile. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Base10.htm>>. Acesso em: 5 fev. 2007.

4. _____. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: (Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, outubro de 1979). Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Base11.htm>>. Acesso em: 5 fev. 2007.

:: Notas

1. Jayme Benvenuto Lima Jr. é advogado, jornalista, professor de Direito Internacional Público e coordenador do mestrado de Direito da Universidade Católica de Pernambuco e também integra a Coordenação Colegiada do Gajop.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 2.

3. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 6.

4. Id.

5. Id.

6. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 10.

7. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 11.

8. Id.

9. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 12.
10. Id.
11. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 13.
12. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 71.
13. A primeira Constituição nacional a garantir o direito de propriedade aos povos indígenas foi a pioneira Constituição mexicana de 1917 em matéria de direitos sociais. A reivindicação indígena pela terra no México “fixou-se juridicamente nas disposições do artigo 27 da constituição de 1917, que, na sua redação original, garante o direito das comunidades indígenas a suas terras, reivindicando tanto aquelas de que foram despojadas como dando-as aos núcleos de povoação que delas carecem. Esse direito agrário mexicano, que reconhece um direito à terra ancestral, questiona, ao mesmo tempo, o próprio Direito da modernidade, pois com relação à posse da terra proclama a existência da comunidade indígena como titular de direitos”. Rangel, Jesus Antonio de la Torre. Direitos dos Povos Indígenas: da Nova Espanha até a Modernidade. In Direito e Justiça na América Indígena. Da Conquista à Colonização. WOLKMER, 1998. p. 235.
14. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 71-72.
15. Ibid., p. 25.
16. Ibid., p. 40.
17. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000. p. 43.
18. Ibid., p. 20.
19. Ibid., p. 33.
20. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 35.
21. Szabo faz interessante referência aos direitos das minorias como direitos humanos: “Mas se eles realmente pertencem, basicamente, a esta categoria, isto depende da posição global contemporânea das minorias, mais precisamente, se os grupos minoritários são amplos ou se há muitos grupos, os quais podem ser considerados como minorias e requerem regulações políticas e proteção conforme tais condições desvantajosas de moradia; em tal contingência, esses direitos podem ser incluídos dentro dos direitos humanos (...)”. SZABO, 1974. p. 112.
22. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 20.
23. Ibid., p. 21.
24. RUSCHEL, 1998. p. 113. Noutra perspectiva, fala-se nas sociedades “caçadoras e coletoras” e “pastoras”, unidas pela condição nômade, o que faria não se habilitarem “a direitos individuais à terra”. WERNER, 1985. p. 41.
25. COLAÇO, 1998. p. 96-97.
26. Por pluralismo jurídico entende Boaventura de Souza Santos: “sempre que no mesmo espaço geográfico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária ou pode ainda resultar (da conformação específica do conflito de classes numa área determinada de reprodução social”. SANTOS, 1990. p. 42.
27. A respeito do direito à propriedade e sua função social, discorre Morais: “Aquele refere um interesse individual, enquanto pensado na sua pureza; esta, adjetivando-o, impõe a sua transcendência como interesse transindividual de natureza difusa, pois a quem pertence a função social da propriedade, parafraseando Cappelletti”. MORAIS, 1996. p. 151-152. A propósito da menção a Cappelletti, o mesmo argui: “A quem pertence o ar que respiro?”.
28. COMPARATO, 1999. p. 382.
29. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 89-90.
30. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 90.
31. Id.
32. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001. p. 91.
33. BASTOS, 1985. p. 93.
34. LOPES, 1998. p. 88-89.
35. Ibid., 1998. p. 88.
36. CINTRA JUNIOR, 1996. pág. 108.
37. CARVALHO, 1985. p. 67-72.
38. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002. p. 7.
39. CANÇADO TRINDADE, 2003. p. 20.
40. Cançado Trindade, Antonio Augusto. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais: Evolução, Estado Atual e Perspectivas. In Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Volume III. Porto Alegre: Sergio Fabris. 2003. P. 383/384.

Gênero, Direito e Esfera Pública

condições de efetividade

da Lei Maria da Penha*

Renata Ribeiro Rolim¹

1: Igualdade ou diferença?

Em 2001, a Fundação Perseu Abramo realizou uma ampla pesquisa nacional e constatou que um terço das mulheres (33%) admite já ter sido vítima, em algum momento de sua vida, de alguma forma de violência física. O estudo demonstrou também que dentre as formas de violência física mais comuns destaca-se a agressão mais branda, sob a forma de tapas e empurrões (20%). Segundo ainda essa pesquisa, a responsabilidade do marido ou parceiro como principal agressor varia entre 53% e 70% das ocorrências de violência em qualquer das modalidades investigadas, excetuando-se o assédio, e outros agressores comumente citados são o ex-marido, o ex-companheiro e o ex-namorado que, somados ao marido ou parceiro, constituem sólida maioria em todos os casos (VENTURINI, 2004, p. 226-237).

Os estudos demonstram, portanto, que as mulheres estão expostas a grande violência, que tem a peculiar característica de ocorrer geralmente no seio das relações de intimidade e no âmbito da vida privada, contrastando com a violência que acontece nos espaços públicos e que se dá,

em especial, entre os homens. Na Região Metropolitana do Recife tais informações foram confirmadas pela pesquisa² "Saúde da Mulher, Relações Familiares e Serviços de Saúde do Sistema Único de Saúde em Duas Capitais – Recife e São Paulo", financiada pelo CNPQ e coordenada em Recife por Ana Paula Portella, do SOS Corpo (Instituto Feminista para a Democracia): entre as usuárias do serviço de atenção primária, 51% afirmaram ter sofrido violência física alguma vez na vida por parceiro íntimo e 32% disseram que a violência adveio de familiares (SCHRAIBER, 2007, p. 13-22).

Os dados dessas pesquisas foram colhidos antes de 2006, mas ainda está muito presente na memória das mulheres brasileiras, e mais especificamente das pernambucanas, vítimas de violência doméstica o que acontecia com seus agressores antes da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 07/08/2006). No que diz respeito à lesão corporal dolosa considerada leve pelo Código Penal³ (tipo de violência mais freqüente, como constatou a pesquisa da Fundação Perseu Abramo), a Lei n. 9.099/95 praticamente legalizou a violência doméstica ao permitir a conciliação, a transação e a suspensão condicional do processo. De fato, pesquisas demonstram que os índices desse crime aumenta-

ram depois da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (SAFFIOTI, 2004, p. 62/63).

No entanto, apesar de todas as críticas que se fizeram a essa lei na época, certas juristas feministas viram nela um ponto positivo com relação ao tratamento jurídico anterior. Antes da Lei n. 9.099/95, a ação penal para a lesão corporal era pública incondicionada e com essa lei passou a ser necessária a representação da vítima. Dizia-se que tal exigência tinha ao menos o mérito de considerar a vítima como uma pessoa adulta, responsável pelos seus atos. A perspectiva era de que o oferecimento a serviços de apoio e de políticas públicas fortalecessem as vítimas e assim estimulassem as representações.

Não constitui objetivo deste texto discutir sobre as possíveis alterações que a Lei Maria da Penha fez no que diz respeito ao tipo da ação penal para o processamento dos crimes de lesão corporal dolosa leve⁴. O que se quer levantar brevemente aqui é o fato de que, seja como for considerado o tipo de ação penal, não se elimina uma dificuldade concreta: a violência doméstica ocorre em uma relação afetiva, cuja ruptura geralmente demanda intervenção externa. No entanto, uma das características da violência doméstica é sua rotinização, o que contribui, tremendamente, para a co-dependência. Esse é um dos primeiros elementos que lança luz sobre a ambigüidade das atitudes de mulheres que em um dia apresentavam a queixa e, no dia seguinte, solicitavam sua retirada. Com efeito, essa ambigüidade é muito grande e compreende-se o porquê disto.

Embasadas em anos de experiência acumulada em cursos de capacitação para o enfrentamento da violência contra a mulher, Débora Menezes e Juliana Marcondes (2006, p. 126) afirmam que entre os

fatores que contribuem para a permanência da mulher em situação de violência estão a dependência econômica e emocional do companheiro; o medo da solidão; o apego a crenças religiosas e os valores culturais e morais, [ao passo que entre os] fatores que dificultam ou impedem a denúncia estão o medo da represália, o medo das lesões serem agravadas, o medo de perder os filhos e de ficar sozinha; a dificuldade em lidar com a socialização do problema e a dificuldade em aceitar o marido como um 'agressor' e abrir mão da esperança de mudar de situação.

Com efeito, as agressões têm lugar em uma relação afetiva com múltiplas dependências recíprocas. Contudo, por mais que a Lei n. 9.099/95 tenha possibilitado um tratamento mais brando para os agressores, não foi ela quem

determinou que para as lesões corporais leves praticadas contra as mulheres a pena deveria ser o pagamento de multas (geralmente 60 reais) ou a entrega de cestas básicas a uma instituição de caridade⁵. Em geral, concorda-se com a afirmação de que a solução para a violência não está no agravamento das penas – e essa é a orientação da Lei n. 9.099/95 – mas na certeza da punição. Nesse sentido, podemos dizer que não foi essa lei que fez com que a pena do crime de violência doméstica mais cometida contra as mulheres se convertesse em um pagamento pela agressão. Os efeitos da interpretação dessa lei revelam a pouca importância que a sociedade atribui a um fenômeno com conseqüências muito negativas para a saúde orgânica e psíquica das mulheres e para a educação das novas gerações.

Em razão de exemplos como esse é que muitas feministas argumentam que as lutas no campo jurídico são inglórias, que se deveria abandonar esse terreno porque o sexismo seria uma atitude cultural e, portanto, passível de ser eliminada apenas culturalmente. O “feminismo da diferença” – como Joaquín Herrera Flores qualifica essa corrente teórica que, entre outros temas, assim se posiciona – contrapõe-se ao chamado “feminismo da igualdade”, que, ao contrário, segundo esse autor, aposta suas fichas quase que exclusivamente na consecução de igualdade de oportunidades para as mulheres e, nesse sentido, centra sua estratégia na criação de leis pelas quais seja possível realizar um tipo de “discriminação positiva” para as mulheres, com o objetivo de assim construir aos poucos uma sociedade igualitária e democrática (HERRERA FLORES, 2005, p. 70).

Uma das principais críticas que frequentemente se faz ao “feminismo da igualdade” é a de que essa corrente acaba por essencializar a “diferença” – “a mulher” – e, como tal, por mais que se façam normas que prevejam uma “discriminação positiva” não se chega a superar o princípio liberal de igualdade perante a lei. Em outras palavras, o “feminismo da igualdade” acaba por despolitizar a questão por deixar intactas as causas e as conseqüências que fazem com que as diferenças que existem entre homens e mulheres acabem por se converter em desigualdades. Melhor dizendo, as causas e as conseqüências que fazem com que pelo simples fato de ter nascido com um determinado sexo permaneça-se subordinada aos homens de sua mesma classe e relativamente com menos poder que todos os homens.

Não é assim que ocorre no mercado de trabalho? A lei garante a mulheres e homens o acesso à educação, respeitando as diferenças entre ambos. Nas faculdades e nas escolas se admite uma licença especial em caso de gravidez e, imaginemos por um minuto uma situação ideal, a

possibilidade de as mulheres deixarem seus filhos em creches enquanto estudam. Será que, mesmo nessa situação hipotética no Brasil, mas que ocorre em alguns países europeus, isso significaria que a mulher não teria que se qualificar muito mais para disputar com o homem o mesmo cargo, com igual salário?

Por outro lado, tal constatação nos autorizaria a fechar os olhos para as diferenças e desigualdades reais e concretas entre homens e mulheres no que diz respeito às condições econômicas, sociais e culturais sem as quais não se poderia construir uma sociedade igualitária? Ao adotarmos a posição do “feminismo da diferença” – que nega o papel do direito como lugar de luta social – não se estaria caindo inadvertidamente no formalismo abstrato e, conseqüentemente, na concepção de liberdade que predomina hegemonicamente na tradição liberal do direito, entendida em termos de autonomia individual? A liberdade entendida como autonomia individual, lembre-se, considera que bastam direitos civis e políticos – como o direito de votar e de ser votado, a liberdade de expressão e de imprensa – e um mercado livre para que todos alcancem a igualdade.

Estamos, pois, diante de um impasse. Concentramos nossos esforços em lutar por leis que acolham a diferença de oportunidades reais para homens e mulheres mesmo sabendo, desde já, que essas leis não atingirão o problema da desigualdade em sua raiz? Mesmo estando cientes que de “lei em lei” que prevejam certo tipo de “discriminação positiva” não se chegará a uma sociedade igualitária? Ou, ao revés, não percamos tempo com o direito? Dedicuemo-nos diretamente a combater o sexismo no plano ideológico-cultural?

Obviamente, se a resposta for na segunda direção, a Lei Maria da Penha não teria sentido. Homens e mulheres que cometessem algum tipo de violência doméstica deveriam responder de igual maneira pelo mesmo dispositivo legal, como era anteriormente com a Lei n. 9.099/95. No entanto, diante do aumento dos índices de violência e assassinatos⁶ cometidos contra mulheres em todo o país, mas muito especialmente em Pernambuco, não foi esse o caminho escolhido. Apostou-se no campo jurídico como um terreno importante na luta contra a violência doméstica.

Contudo, para compreendermos a importância da Lei Maria da Penha, em outras palavras, para não pedirmos nem mais nem menos ao direito, é necessário enfatizar o justo lugar que ocupa o jurídico na proteção das mulheres, como também de todos que historicamente foram relegados a uma posição subalterna na sociedade. Tal pos-

tura evita o ceticismo com relação ao direito, mas também futuras frustrações por se terem apostado nele todas as fichas.

2. Enfrentamento da violência de gênero: o lugar da Lei Maria da Penha

Já se disse que o direito não é uma ferramenta neutra. Se é certo que o direito, assim como todo o aparato ideológico do Estado, não é simplesmente um mero reflexo das relações sociais e culturais dominantes, ele também pode ser usado para transformar tradições e costumes. Mas, como?

O direito, afirma Joaquín Herrera Flores, é em primeiro lugar uma técnica de domínio social que se coloca perante os conflitos neutralizando-os a partir da perspectiva da ordem dominante. E, em segundo lugar, é uma técnica especializada que determina *a priori* quem é legitimado para produzi-la e quais os parâmetros a partir dos quais se deve utilizá-la. Daí a imensa força daquele que tem a autoridade de “dizer” o direito – tanto o legislador como o juiz – no momento de conformar atitudes e regular relações sociais em um sentido ideológico e politicamente determinado. Por isso, alerta o autor, é importante que não tenhamos desprezo pela luta jurídica nem, por outro lado, confiança de que só por meio dela se possa chegar a um tipo de sociedade não sexista (HERRERA FLORES, 2005, p. 70/71).

Nesse sentido, toda leitura do fenômeno jurídico – assim como de qualquer aspecto da realidade – se faz a partir de uma postura política e ideológica determinadas. Em outras palavras, o direito não oferece ao seu (sua) intérprete e/ou aplicador (a) a possibilidade de fugir da posição particular que ele/ela ocupa no interior dos conflitos sociais (e tal posição tanto pode ser opositiva ou legitimadora do *status quo*), nem dos parâmetros dominantes que conformam a hegemonia em um espaço e em tempo determinados. Por mais que se pretenda suprimir essas duas posturas, seja pela afirmação de que o ordenamento jurídico é auto-suficiente e pleno e que por isso só há uma decisão juridicamente correta, seja pela negação da influência das ideologias na produção, interpretação e aplicação do direito, não há como o (a) intérprete e/ou aplicador(a) aliviar a consciência ou eximir-se de responsabilidade no momento em que lê o mundo e os conflitos sociais por intermédio do direito.

Se com a Lei Maria da Penha abandonou-se o “feminismo da diferença” e se apostou na luta jurídica como instrumento para a construção de uma sociedade igualitária – reconhecendo ao mesmo tempo que o ideológico e o

político não podem ser excluídos do direito - temos que responder a duas perguntas que propõe Joaquín Herrera Flores. Essas duas perguntas estão intrinsecamente relacionadas, mas têm conotações e conseqüências específicas: qual igualdade? E, em seguida, igualdade de quê? (HERRERA FLORES, 2005, p. 65-90)

Desde as revoluções burguesas do século XVIII fala-se da necessidade de traços comuns entre os cidadãos para a construção de um Estado Democrático. Segundo essa perspectiva, deve haver um mínimo de homogeneidade entre os cidadãos para que possam se entender como participantes da vontade geral (Idem, p. 67). São essas características comuns que fazem com que seja possível falar da igualdade perante a lei: todos somos iguais perante a lei, diz o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

No entanto, muito cedo se constatou que a conquista da igualdade de direitos não foi suficiente para apoiar ou para impulsionar o reconhecimento e o respeito pelas diferenças, nem muito menos propiciou a remoção das desigualdades sociais, econômicas e culturais. Ao responder a pergunta "qual igualdade", Herrera Flores considera fundamental identificar que a problemática apontada tem suas raízes fincadas na figura clássica do "contrato" como fundamento da relação social, figura que se situa na separação – fundamental para o liberalismo político – entre política e economia. Ao partir da constatação fática de que todos somos iguais perante a lei a figura do contrato normaliza, legitima e legaliza posições prévias de desigualdade com o objetivo de reproduzi-las infinitamente (HERRERA FLORES, 2005, p. 58).

Mas não é só isso. A separação entre economia e política é muito clara para nós hoje quando a analisamos do lado da economia: parece muito claro que o mercado não é capaz de distribuir os bens de forma igualitária. Mas será que as conseqüências da separação entre economia e política são tão claras quando a analisados do lado da política?

No processo de separação ideológica e irreal entre economia e política também vai se instaurando, alerta Herrera Flores (Idem, p. 59-61), uma segunda separação muito importante: aparece um espaço ideal/universal – o espaço público – onde se moveriam sujeitos idealizados e idênticos que gozam de igualdade formal perante a lei e, junto a tal espaço, dando-lhe suporte, mas guardando ao mesmo tempo sua especificidade, surge à consciência de um espaço material/particular/doméstico – o espaço do privado – onde se encontram não só os interesses econômicos dos sujeitos "concretos", mas também as relações que os ligam a outros sujeitos no espaço doméstico, as crenças particulares e as identidades sexuais e raciais. O contratu-

alismo supõe, portanto, a construção de uma percepção social baseada na identidade que se dá no espaço público garantido pelo direito e a expulsão das diferenças para o âmbito desestruturado, e invisível para o institucional, do privado. Assim, as diferenças que existem entre homens e mulheres e entre etnias, por exemplo, ficam adstritas à esfera do privado sem jamais adquirir visibilidade ou consideração públicas. Em resumo, a formação da lei, expressão da vontade geral, não leva em consideração as necessidades e os interesses dos que se encontram nesse espaço.

Nesse sentido, para o liberalismo político a diferença deve ser entendida como "diversidade", como algo que foge do padrão universal que nos faz partícipes da vontade geral e que, por isso mesmo, deve ser apenas tolerada. E esse padrão universal não é outro senão, como diz Jürgen Habermas, o do homem, branco, proprietário e culto (2003, p. 42/74). É dentro dessa perspectiva, portanto, que devem ser vistas as várias tentativas de impedir a vigência ou de restringir a eficácia Lei Maria da Penha que se baseiam no princípio da igualdade entre os gêneros: impor um padrão de ser, de sentir e de fazer que se convencionou identificar com o masculino.

Por outro lado, se não separarmos o econômico do político podemos dizer que o que ameaça a igualdade não é a diferença. Como afirma Heleieth Saffioti (2004, p. 37),

a democracia exige igualdade social. Isto não significa que todos os socii, membros da sociedade, devam ser iguais. Há uma grande confusão entre conceitos como: igualdade, diferença, desigualdade, identidade. Habitualmente, à diferença contrapõe-se a igualdade. Considera-se, aqui, errônea esta concepção. O par da diferença é a identidade. Já a igualdade, conceito de ordem política, faz par com a desigualdade.

A igualdade, conceito de ordem política mas inseparável do econômico, não é algo do qual devemos partir, mas uma meta, um objetivo que apenas será conquistado se houver o reconhecimento de que existem desigualdades econômicas, sociais e culturais entre pessoas e grupos. O que se contrapõe à igualdade, como afirmou a autora, não é a diferença, mas a desigualdade de condições econômicas, sociais e culturais que permitam ou que possibilitem a igualdade perante a lei, perante o direito.

A Lei Maria da Penha, portanto, não pode ser considerada – como muitos querem - inconstitucional por supostamente possibilitar uma discriminação não permitida entre homens e mulheres, conforme determina o art. 5º, I, da Constituição Federal. Essa lei, fruto de anos de pressão e embates dos movimentos feministas e da luta silenciosa

de milhares de mulheres constantemente agredidas por seus parceiros e familiares, ataca a desigualdade existente entre homens e mulheres ao reconhecer a especificidade da violência de gênero e, assim, prever formas distintas de erradicá-la. Do contrário, como podemos falar de igualdade de oportunidades para homens e mulheres no mercado de trabalho, por exemplo, quando, segundo o Banco Mundial, a violência de gênero causa mais danos e mortes às mulheres entre 15 e 44 anos do que doenças, como câncer e malária, ou mesmo acidentes de trânsito e guerras; e quando um em cada cinco dias em que as mulheres faltam ao trabalho é motivado pela violência doméstica (PERNAMBUCO, 2007, p. 9)?

Agora sim podemos voltar à pergunta inicial: qual igualdade? Igualdade de oportunidades entendidas como a criação de condições, de meios, de recursos econômicos, sociais e culturais que permitam a igualdade de direitos, que possibilitem a igualdade perante a lei.

As questões que envolvem a segunda pergunta colocada por Joaquín Herrera Flores – igualdade de quê? – não podem se limitar ao terreno jurídico, porque não se trata de igualdade perante a lei. No entanto, apesar de o direito não ser a resposta para essa questão, tal não diminui em momento algum a importância da luta jurídica, pois, de acordo com esse autor, o jurídico deve ser entendido como um dos instrumentos mais importantes no momento de garantir institucionalmente os resultados das lutas por igualdade (HERRERA FLORES, 2005, p. 83). Sem o jurídico, como seria possível registrar as grandes mudanças que ocorreram nas últimas décadas em favor das mulheres? Sem a ajuda do registro legal, como disseminar as pautas e as reivindicações das mulheres? Como ganhar posições na sociedade civil em favor da igualdade de gênero? Como tornar constantemente visível as desigualdades econômicas, sociais e culturais entre os gêneros? Em uma frase, como converter as lutas por igualdade em “uma língua que todos falem”? A Lei Maria da Penha, afortunadamente, parece estar se convertendo nessa língua comum.

A dificuldade surge quando se abandona a prática social e se confia apenas nos resultados que foram registrados juridicamente, pois tais resultados - os resultados das lutas pela igualdade de oportunidades, pela igualdade perante a lei -, apesar de imprescindíveis, não têm o condão de alterar por si só o processo histórico e social de diferenciação entre homens e mulheres. Dado que ser homem e ser mulher é muito mais uma questão que diz respeito aos modelos e as expectativas socioculturais sobre ambos os seres do que simplesmente uma determinação biológica. Em outras palavras, considerando que a diferencia-

ção entre os gêneros não é algo dado direta e espontaneamente por suas anatomias, tal processo de identificação/diferenciação não pode ser modificado pelo direito. A eliminação do patriarcado, como processo histórico e social que atribui valorização positiva ao universo dos homens e que, concomitantemente, exclui socialmente tudo o que se refere às mulheres, necessita que as mulheres estejam “empoderadas”, isto é, que tenham as mesmas oportunidades econômicas, sociais, políticas e culturais que os homens, mas como se trata da eliminação de uma relação de poder que se baseia no medo e no controle, ele não é suscetível de ser combatido apenas juridicamente.

É por isso que grande parte do feminismo de procedência jurídica questiona a identificação total que comumente se faz entre a práxis política e a atividade legislativa, como se a política se reduzisse à produção de normas e, consequentemente, a igualdade fosse possível ser obtida mediante o mero reconhecimento jurídico dela. Se as leis constituem o lugar da representação do existente, afirma Herrera Flores o lugar da modificação e da transformação é a prática social (2005, p. 85).

O grande mérito de Joaquín Herrera Flores em não se deter na pergunta “qual igualdade?” e colocar a questão “igualdade de quê?” está no fato de que ele parte da existência de uma situação de desigualdade. Portanto, longe de refletir sobre as diferenças a partir de padrões universalistas *a priori*, esse autor se preocupa em reconhecer as causas que fazem com que as diferenças se transformem em desigualdades. Por isso, ele diz que a problemática que nos apresenta o conceito de igualdade deve ser situada nos espaços concretos, isto é, nos contextos precisos onde se produz a riqueza, e consequentemente a pobreza, onde se reproduzem as divisões sociais, sexuais, étnicas e territoriais do fazer humano. Nesse sentido, qual é o contexto e o conjunto das causas da desigualdade e da diferença e como temos que caminhar para solucioná-las colimando a construção de uma sociedade igualitária? São perguntas que se devem colocar todas e todos que não querem essencializar as diferenças nem eternizar as desigualdades (HERRERA FLORES, 2005, p. 82-91).

Para analisar a problemática da igualdade e da diferença com mais detalhes, Herrera Flores se apóia em Amartya Sen. Para esse economista indiano, a diferença e a desigualdade procedem fundamentalmente da diferente capacidade que o sistema oferece no que diz respeito ao uso dos recursos disponíveis e das possibilidades de transformar esses recursos em capacidades para atuar. Assim, para determinar o grau de desigualdade na diferença não devemos nos fixar unicamente na falta de “meios”, de “recursos”, de “condições” econômicas, sociais e culturais,

mas levar em consideração a injusta distribuição de possibilidades de funcionamento ou de capacidades sociais no que diz respeito ao uso dos recursos disponíveis no que diz respeito à “diferente” situação de homens e mulheres no processo de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano (Idem, p. 84/85).

Retomemos uma questão colocada anteriormente. Quando se fala da necessidade de se criarem creche para as mulheres poderem estudar em condições de igualdade com relação aos homens parte-se do pressuposto de que a elas cabem o cuidado dos filhos, no máximo os homens podem “ajudar”, mas a responsabilidade é delas. Fica claro, portanto, que não se trata apenas de lutar por meios e recursos que possibilitem a igualdade perante a lei, a igualdade de oportunidades, mas por um acesso igualitário e não hierarquizado a esses recursos e a esses meios. Homens e mulheres deveriam se ocupar igualmente dos cuidados domésticos com os filhos para que todos tenham acesso e o uso igualitário da educação.

É por isso que não podemos tratar a igualdade separada da liberdade. É por isso que não podemos apostar todas as nossas fichas no direito. Precisamos que as transformações se dêem na prática social. No entanto, ao mesmo tempo, não podemos colocar como sinônimo de liberdade a autonomia individual, porque isso nos levaria a separar novamente o político do econômico. Em outras palavras, não podemos desprezar a necessidade de meios e recursos econômicos, sociais e culturais para atingirmos a igualdade perante a lei, mas ao mesmo tempo – para resguardar as diferenças, para que não nos orientemos por um padrão universal *a priori* – deveríamos lutar pela construção de espaços sociais nos quais os indivíduos e grupos possam levar adiante suas lutas por sua própria concepção da dignidade humana.

A partir dessa posição, o principal objetivo da liberdade, da atividade política, será o de construir subjetividades adequadas para a construção de relações sociais igualitárias. Pensar o direito a partir de uma perspectiva materialista e de totalidade, e não como algo ideal e desconectado dos contextos onde a vida é produzida e reproduzida, permite lidar com a Lei Maria da Penha como um apoio para a criação de uma subjetividade política antipatriarcal: fazer com que as conquistas das práticas sociais se transformem “em uma língua que todos falem”.

Nesses termos ganha sentido a reivindicação de um direito à comunicação, de um direito à polifonia, a partir do qual se reconheça a existência de muitos pontos de vista e se proporcionem recursos e meios, especialmente tecnológicos, para que a pluralidade seja uma

verdadeira forma de vida e, portanto, não se confunda com a superposição de consensos, que deixa intacto o padrão a ser refletido.

A construção e a perpetuação da ideologia patriarcal alcança a todos e a todas pelo simples fato de estar presente em todos os instrumentos e instituições de socialização. De fato, os mecanismos de produção e de difusão são tão eficientes que a ideologia patriarcal muitas vezes não chega à consciência, ao contrário, na maioria das vezes não percebemos que a carregamos em nossas veias. A família, a escola, as igrejas são instituições que tradicionalmente ajudaram a produzir e perpetuar o patriarcalismo e, como tal, a relegar a existência feminina à esfera privada. No entanto, atualmente nenhuma instituição desempenha melhor esse papel na esfera pública que os meios de comunicação e, por isso mesmo, merecem todas as atenções dos que lutam por uma sociedade igualitária.

Como afirma a jornalista feminista Ana Veloso (2007, p. 15),

Local de embates políticos e espaço fundamental para a democratização da vida cotidiana, a esfera pública desponta como locus privilegiado para quem pretende ascender ao poder ou para quem não quer abrir mão dele. Isso acontece porque também é por meio dela que se constroem e legitimam discursos. Ela funciona como vitrine da vida social. E ninguém melhor do que a imprensa para fazer sua refração. Não seria exagero dizer que a mídia detém grande poder de sedução e influência sobre a sociedade justamente por fazer a mediação entre a esfera pública e a privada, ou melhor, por sua capacidade de reproduzir, para um grande número de espectadores, algum fato social.

Como é a imagem da mulher na mídia? Como os meios de comunicação retratam a mulher e seu lugar na sociedade? Para um(a) espectador(a) tolerante, bastam apenas alguns minutos em frente à televisão, principal veículo de comunicação do país, para constatar que a programação das emissoras primam pelo grotesco, pela incitação da violência e pelo desrespeito aos direitos das mulheres e de grupos minoritários. Vale tudo em nome do entretenimento e da “informação”, ou melhor, em nome do lucro fácil, camuflado por um suposto atendimento ao “gosto do público”. Diga-se-lo sem rodeios: trata-se de oportunismo e populismo. Oportunismo, porque as emissoras se aproveitam das necessidades humanas de compensação que implica um cotidiano de inúmeras privações, desemprego e baixa auto-estima. Enquanto o telespecta-

dor ri de mulheres, lésbicas e homossexuais colocados em situações vexatórias e caluniadoras, isto é, de grupos que são excluídos sociais, econômica e politicamente na sociedade, ri inconscientemente de si mesmo. Populismo, porque a televisão intervém na própria opinião e no comportamento do público, em outras palavras, é um veículo formador de opinião e de comportamentos. A neutralidade mercadológica de atender ao “gosto do público” encobre, na verdade, uma ação realmente formadora de opinião e a exploração desse segmento de mercado passa a ser a mesma coisa que “dar o que o público quer”. Em suma, a TV não inventa comportamentos, tendências ou valores, mas captura comportamentos e decide a quais dar visibilidade, legitimidade, importância.

Contudo, mais do que um efeito “sócio-terapêutico” de compensações psicológicas, a liberdade de expressão e o direito de informar, geralmente invocados pelas emissoras de televisão, têm repercussões ainda mais graves, pois a prática da democracia pressupõe e objetiva a criação e a consolidação de sujeitos sócio-políticos capazes de construir novas relações sociais, baseadas no respeito mútuo e na preservação da dignidade humana.

Nesse sentido, como erradicar a violência contra as mulheres se os meios de comunicação a retratam em uma relação de subordinação diante do homem? Como extinguir a violência contra a mulher sem transformar essa arena de formação e desempenho de identidades sociais? Não foi à toa que em agosto de 2007 mais de 2,5 mil delegadas da II Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres destacaram, como um dos novos eixos prioritários do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), a criação de mecanismos de controle social sobre o uso da imagem da mulher nos meios de comunicação.

3. Por uma prática jurídica crítica

Quando manejado para construir igualdade de condições econômicas, sociais, políticas e culturais entre os gêneros e como base objetiva, concreta, para o processo de produção de uma subjetividade antipatriarcal, o direito converte-se em instrumento das lutas sociais por uma sociedade igualitária. Nesse sentido, um dos aspectos mais importantes da Lei Maria da Penha está no fato de ter surgido de pesquisas fundamentadas e de reivindicações concretas que expressam o conjunto das lutas feministas no Brasil. Lutas que tem nessa lei um ponto de apoio e não um resultado final, não só porque, como se viu anteriormente, o direito não resolve a questão “igualdade de quê”, mas também, e talvez especialmente, pelo fato de que ele próprio é, na imensa maioria dos casos, ensinado conforme os parâmetros da ideologia patriarcal e de uma

suposta neutralidade política, dificilmente superadas na prática profissional.

Por isso, interpretar e aplicar a Lei Maria da Penha faz dessas práticas políticas uma tarefa arriscada. Os textos jurídicos são aparentemente de natureza formal e, na maioria das vezes, também são interpretados com base em uma lógica formal abstrata, por meio da qual o processo histórico de onde resultam não pode se apresentar. Não é de se espantar, portanto, os inúmeros artigos e livros que passaram a defender a inconstitucionalidade ora de alguns artigos ora de toda a Lei Maria da Penha, em nome do princípio da igualdade perante a lei.

A lógica formal abstrata no ensino e na prática do direito alimenta-se de múltiplos fatores. É muito comum atribuir a perpetuação de tal lógica à contribuição de uma certa pompa que faz parte do imaginário do mundo jurídico. De fato, o mistério conferido pela solenidade que ronda as salas de audiência; a imponência dos edifícios que abrigam as mais altas cortes do país; a indumentária sisuda a dar um ar próspero sob o sol tropical; o manejo de regras e normas cuja inteligibilidade é dificilmente acessível aos leigos muitas vezes faz com que os estudantes dos cursos de direito construam para si mesmos uma imagem ao mesmo tempo privilegiada e distinguida de suas futuras práticas profissionais. Há, porém, outro fator que muito tem contribuído para o ensino e a prática jurídicos formais: ingressar e poder frequentar as aulas do curso de direito representa uma possibilidade real de ascensão social que, para os mais altos cargos da burocracia jurisdicional, implica ganhar mais de cinquenta vezes o salário mínimo do país.

Se a imagem pomposa do curso é logo desafiada pelos primeiros contatos com extrema burocracia na tramitação dos processos e pela morosidade da justiça, a idéia de que o direito constitui um mundo à parte, imune à extrema desigualdade social que define a sociedade brasileira, é mais difícil de ser abalada. Essa visão começa a ser construída muito cedo, desde o primeiro ano de estudos, e permanece, na maioria das vezes, ao longo de todo o curso, estendendo-se para a prática profissional. Assim, muito cedo os alunos tentarão reter uma grande quantidade de normas, dedicar-se-ão com afinco ao aprendizado das técnicas de aplicação das leis, desdobrar-se-ão em perceber os problemas “jurídicos”, a identificar as ambigüidades e contradições das normas e quando são aplicáveis aos casos concretos. Tudo isso a garantir a “segurança jurídica”, a previsibilidade das decisões para o bom funcionamento de um sistema fechado, circular, hierárquico e, principalmente, coerente. Tudo passa como se aprender o “direito” significasse saber o conteúdo das normas e porque o sistema jurídico tem que ser como é.

Nas últimas décadas, as mulheres têm conquistado maiores espaços no conjunto da sociedade brasileira, ampliando sua participação na produção da riqueza no mercado de trabalho e nas esferas de decisão política. Tais conquistas não foram, porém, amplas o suficiente para modificar os papéis sociais que lhes foram historicamente destinados. De acordo com a história, o direito positivo reforçou essa condição, cumprindo assim sua função de controle social ao promover a desigualdade jurídica da população feminina. A partir da década de 1980, com o fortalecimento do movimento feminista, é que se delineou uma tendência de reconhecimento formal dos direitos das mulheres. A Constituição Federal, ao reconhecer a igualdade entre homens e mulheres e por ter previsto amplos direitos para as mulheres, foi um importante marco na luta pela emancipação feminina. Desde então, outros direitos foram garantidos, sendo importante ressaltar a ratificação integral da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Em que pesem os avanços na legislação, observa-se que parte das dificuldades de implementação dos direitos reconhecidos está na deficiência da formação dos/das operadore(a)s jurídico(a)s para lidar com as questões mais amplas – e, por isso, não apenas dogmáticas – que envolvem as relações de gênero e o direito.

Daí a importância de, antes de estudar e aplicar a Lei Maria da Penha, compreender as relações de gênero. Por isso, a necessidade de exigir que o Ministério da Educação introduza, na estrutura curricular dos cursos de bacharelado em direito, uma disciplina específica sobre os direitos das mulheres que problematize os aspectos sociológicos, históricos, políticos, econômicos, culturais e jurídicos das relações de gênero no país. Medida concreta nessa direção é incluir, de forma específica, o direito das mulheres no edital do exame para a Ordem dos Advogados do Brasil, à semelhança do direito do consumidor, do direito da criança e do adolescente e do direito ambiental.

O ensino do direito e das relações de gênero nos cursos jurídicos é condição para uma prática jurídica crítica. É preciso que se diga que tal prática não se resume ao anti-formalismo. É certo que não há formação técnica, dogmática, que supra a necessidade de formação política, no sentido da elaboração consciente, e de maneira coletiva, de uma visão de mundo. No entanto, não há consciência das implicações políticas das interpretações dos textos normativos que seja capaz de, pelo menos no que diz respeito atualmente à imensa maioria dos/das que ocupam os mais altos cargos da burocracia jurisdicional, alcançar

a compreensão de uma situação de carência e de opressão. Não se pode construir idealmente soluções ou decisões que, em seu conjunto, sejam capazes de suprir necessidades absolutamente distantes da realidade cotidiana em que se vive.

:: Referências

BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo no enfrentamento da violência contra as mulheres. In: LEOCÁDIO, Ecylyne; LIBARDONI Marlene (Orgs.). **O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência**. Brasília: AGENDE, 2006, p. 65-90.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquín. **De habitaciones propias y otros espacios negados**. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales. Bilbao: Universidad de Deusto/Cadernos Deusto de Derechos Humanos, 2005.

MOTTA, Débora Menezes Silva; SOUZA, Juliana Marcondes Pedrosa de. O sentido das capacitações profissionais na perspectiva de gênero. In: LEOCÁDIO, Ecylyne; LIBARDONI Marlene (Orgs.). **O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência**. Brasília: AGENDE, 2006, p. 113/130.

PERNAMBUCO. Secretaria Especial da Mulher. **Plano estadual para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres**. Uma política de Estado. Recife, 2007.

PETERSEN, Áurea T. Discutindo o uso da categoria gênero e as teorias que respaldam estudos de gênero. In: STREY, Marlene Neves et al. **Gênero por escrito**: saúde, identidade e trabalho. Porto Alegre: Edipucrs, 1999, p. 15-39.

SCHRAIBER, L. B. et al. **Saúde da mulher, relações familiares e serviços de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) em duas capitais – Recife e São Paulo**. São Paulo: USP/FM, 2007.

SAFFIOTI, Heleieth I. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

VELOSO, Ana. **O discurso feminista na esfera pública**. Disponível em <<http://www.ibase.org.br/modulos.php?name=Conteudo&pid=851>> Acesso em 20/11/2007.

VENTURINI, Gustavo, Marisol Recamán e Suely de Oliveira. **A mulher brasileira nos espaços público e privado**. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

:. Notas

* Este artigo foi inspirado nas reflexões estimuladas pelas reuniões ao longo do segundo semestre de 2007 na Comissão de Políticas Integradas para o Enfrentamento da Violência Doméstica e Sexista, da Secretaria Especial da Mulher do Governo do Estado de Pernambuco - da qual a autora participa como membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/PE - bem pelos cursos que a Escola Superior da Advocacia Professor Rui Antunes tem promovido, juntamente com aquela Secretaria, sob o título "Direito e Relações de Gênero – a aplicabilidade da Lei Maria da Penha".

1. Advogada; doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, Espanha; membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/PE; pesquisadora do Núcleo de Documentação dos Movimentos Sociais da Universidade Federal de Pernambuco e professora de Direito Internacional Público da Faculdade Maurício de Nassau.

2. Para maiores informações acerca de pesquisas sobre violência contra a mulher no Brasil e no mundo ver o site www.patriciagalvao.org.br

3. Lesões corporais dolosas de natureza leve, de acordo com o art. 129, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, são as ofendem a integridade corporal ou a saúde de outrem mas que não resultam: incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; aceleração do parto; incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; deformidade permanente; aborto ou morte.

4. Para uma análise sobre as mudanças legislativas proporcionadas pela Lei Maria da Penha ver BARSTED, Leila Linhares. O avanço legislativo no enfrentamento da violência contra as mulheres. In: LEOCÁDIO, Ecyline; LIBARDONI Marlene (Orgs.). **O desafio de construir redes de atenção às mulheres em situação de violência**. Brasília: AGENDE, 2006, p. 65-90.

5. Há relatos que afirmam que em grande parte dos casos as mulheres agredidas acabavam por pagar, elas próprias, tanto as multas quanto as cestas básicas, cedendo às ameaças dos companheiros violentos.

6. Pesquisas demonstram que a violência doméstica é gradativa. O agressor principia com agressões verbais, em seguida passa para lesões físicas leves e assim por diante, podendo chegar, caso não seja impedido a tempo, ao homicídio.

