# Manual Prático de
# Direitos Humanos Internacionais

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

# Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais

Coordenador
Sven Peterke

Brasília, DF
2010

ESMPU

**MANUAL PRÁTICO DE DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS**

**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
<www.esmpu.gov.br > – <editoracao@esmpu.gov.br >

**EMBAIXADA DA ALEMANHA**
SES – Avenida das Nações, Quadra 807, Lote 25
70415-900 – Brasília-DF
Caixa Postal 030 – 70359-970 – Brasília-DF
Tel: (61) 3442-7000 - Fax: (61) 3443-7508 – (61) 3443-7036 (assuntos consulares)
<info@bras.diplo.de>

**ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA (ANPR)**
SAF Sul – Quadra 4, Conjunto C, Bloco B, salas 113/114
70050-900 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3201-9025 – Fax: (61) 3201-9023
<contato@anpr.org.br>
© *Copyright* 2010. Todos os direitos autorais reservados.

**Secretaria de Ensino e Pesquisa**
*Miriam Lúcia de Azevedo*
**Divisão de Apoio Didático**
*Adriana Ribeiro Ferreira Tosta*
**Núcleo de Editoração**
*Cecilia Fujita*
*Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefia do Setor de Revisão*
*Renata Filgueira e Thaise dos Santos Leandro – Preparação de originais e revisão de provas*
**Núcleo de Programação Visual**
*André de Sena, Lucas Cosso e Reinaldo Dimon – Diagramação*
**Projeto Gráfico**
*Lucas Cosso*
**Capa**
*André de Sena*

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

M294 Manual prático de direitos humanos internacionais / Coordenador: Sven Peterke ; Colaboradores: André de Carvalho Ramos … [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

374 p.

ISBN 9788588652286
Disponível em:
<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>

1. Direitos humanos 2. Direito internacional público 3. Direito processual 4. Direito material I. Peterke, Sven. II. Ramos, André de Carvalho.

CDD 341.1219

# Agradecimentos

O presente *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais* foi incentivado, financiado e implementado por um projeto desenvolvido pelo *Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha*, representado por sua Embaixada em Brasília, em parceria com a *Escola Superior do Ministério Público da União* (ESMPU), e contou com o importante apoio técnico da *Associação Nacional dos Procuradores da República* (ANPR).

Projetos acadêmicos como este dificilmente são realizados sem suporte e pressupõem muita confiança no conceito apresentado, na qualidade e na seriedade dos parceiros e dos participantes, ou seja, na ideia do projeto e em seu sucesso.

Por essa razão, meus agradecimentos cordiais e sinceros ao *Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha*, à ESMPU e à ANPR. No mais, agradeço as contribuições feitas por vários colegas – seja no que se refere ao conteúdo, seja no que se refere à realização técnica deste *Manual*.

Como sempre, o sucesso de uma publicação depende da receptividade de seus leitores. O fato de esta obra estar disponível gratuitamente *on-line* é um bom pressuposto para tanto. Que o *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais* se afirme como ferramenta útil para todos os interessados em defender os direitos humanos!

Prof. *Dr. iur. Sven Peterke*, M.A.
Coordenador

## Sobre o conceito e o uso do Manual

Este *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais* dirige-se a todos os interessados em saber como a defesa dos direitos humanos funciona no plano internacional. O público-alvo desta obra são, em particular, todos aqueles que podem ser considerados, de uma maneira ou outra, "defensores" dos direitos humanos: advogados, defensores públicos, juízes e procuradores, bem como representantes de organizações não governamentais, professores e seus alunos.

O adjetivo "prático" justifica-se porque o *Manual* pretende ser um roteiro orientador para o seu público, explicando-lhe, concisamente, os fundamentos legais do Direito Internacional dos Direitos Humanos; as doutrinas gerais indispensáveis para a defesa dessas garantias, inclusive a sua aplicação, interpretação e subsunção (Parte 1). Sua imposição processual é outro aspecto importante tratado neste trabalho (Parte 2). Ademais, o *Manual* quer informar sobre o conteúdo substantivo de seletivas garantias (Parte 3). Ao mesmo tempo, ele deve facilitar e incentivar pesquisas sobre direitos humanos internacionais (Parte 4). O glossário de termos técnicos relevantes da área de Direitos Humanos Internacionais e do Direito Internacional Público Geral serve também àquele propósito.

Ressalva-se, enfim, que este *Manual* quer ser diferente, quer destacar-se de outros livros disponíveis em língua portuguesa que versam sobre este tópico. Por isso foi organizado propositadamente de uma forma que o leitor talvez ainda não conheça. Exemplos disso são, em especial, a sua estrutura, as várias questões de caso e suas soluções, que foram inseridas, por fins didáticos, nos respectivos capítulos, pelos seus autores.

Prof. *Dr. iur. Sven Peterke*, M.A.
Coordenador

# Sumário

**Agradecimentos** 5

**Sobre o conceito e o uso do Manual** **7**

## Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

*Hans-Joachim Heintze*

## Capítulo 1

## Os direitos humanos como matéria do Direito Internacional Público 22

### § 1 O desenvolvimento da proteção universal dos direitos humanos 22

I. Proteção de indivíduos além das fronteiras até a Segunda Guerra Mundial 24
II. Carta das Nações Unidas e direitos humanos 25
III. A Declaração Universal dos Direitos Humanos 27
1. Vantagens e desvantagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos 28
2. Consequências 29
IV. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio 29
V. Codificação dos direitos humanos 32
VI. Os procedimentos de implementação do Pacto Civil 34
1. Relatório estatal 34
2. Queixa estatal 38
3. Comunicação individual 38
4. Excurso: interpretação do Pacto Civil 40

VII. Outras codificações de direitos humanos no âmbito da ONU 43
1. Direitos econômicos, sociais e culturais 43
2. Discriminação racial 44
3. Discriminação contra a mulher 47
4. Convenção contra a Tortura 48
5. Convenção sobre os Direitos da Criança 52
6. Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias 53
7. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência 54
8. Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra o Desaparecimento Forçado 55
9. Panorama 56

VIII. Proteção dos direitos humanos por órgãos da ONU (*Charter-based System*) 57

1. Conselho de Direitos Humanos 57
2. Comitê Consultivo e outras comissões 65
3. Assembleia Geral da ONU 66
4. Conselho de Segurança 68
5. Discussões sobre intervenção humanitária 69

**§ 2 Proteção regional dos direitos humanos** 71

I. Sistema Interamericano de Direitos Humanos 72
1. A Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos 72
2. Órgãos da CADH 74
*a. Comissão Interamericana de Direitos Humanos* 74
*b. Corte Interamericana de Direitos Humanos* 75
II. Sistema Europeu de Direitos Humanos 76
1. Convenção Europeia de Direitos Humanos 77
2. Corte Europeia de Direitos Humanos 78
III. Sistema Africano de Direitos Humanos 80
1. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos 80
2. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos 81
IV. Panorama 82

## Parte 1
## Doutrinas Gerais

*Sven Peterke*

### Capítulo 2
### O DIDH como direito positivo 86


**§ 3 Terminologia e definição dos direitos humanos** 86

I. Terminologia 87
II. Definição dos direitos humanos internacionais 88

**§ 4 As fontes formais do DIDH** 90

I. Tratados internacionais 92
1. Tratados universais 93
2. Tratados regionais 94
3. Dicas referentes à busca de tratados de direitos humanos 95
4. O conceito de tratado internacional 96
II. Costume internacional 97
1. O conceito 98
*a. Prática geral* 99
*b. Opinião jurídica* 100
*c. Dicas referentes à documentação do costume internacional* 101
2. O significado do ***ius cogens*** 102
*a. O conceito* 102
*b. Avisos práticos* 104
3. Direitos humanos que valem como costume internacional 105
III. Princípios gerais de direito 105
IV. Fontes auxiliares: decisões judiciais e a doutrina 106
V. Resumo 107

**§ 5 Os pressupostos gerais de aplicação de tratados de direitos humanos** 108

I. Âmbito de validade material (*rationae materiae*) 110
1. Aplicabilidade de tratados de DH na ordem doméstica 111
2. Reservas 113
II. Âmbito de validade temporal (*rationae temporae*) 115
1. Denúncia 116
2. Suspensão 116
*a. Pressupostos materiais* 117
*b. Pressupostos formais* 118
*c. Avisos práticos* 119
3. Excurso: o relacionamento entre DIDH e DIH 119
III. Âmbito de validade territorial (*rationae loci*) 121
1. O conceito da "jurisdição" 121
2. Os princípios 122
3. Casos controversos 123
IV. Resumo 125

**Capítulo 3**

**Os direitos humanos internacionais como direitos objetivos e subjetivos** 126

**§ 6 Os titulares dos DHI** 126

I. Direitos *vs.* obrigações 128
II. Direitos individuais 130
1. Pessoas naturais 130
*a. Plano universal* 130
*b. Plano regional* 133
2. Pessoas jurídicas 134
*a. Plano universal* 134
*b. Plano regional* 135

III. Direitos coletivos 135
1. Plano universal 135
2. Plano regional 137
3. Delimitação da dimensão coletiva de direitos individuais 138
IV. Resumo 138

**§ 7 Os obrigados pelos DHI** 139

I. O Estado 141
1. Violações de direitos humanos como atos ilícitos internacionais 141
2. Imputação de violações de direitos humanos ao Estado 143
*a. Atos de órgãos* ***de jure*** 143
*b. Atos de órgãos* ***de facto*** 144
3. Consequências jurídicas (de uma violação de direito humano) 146
II. Outros atores como obrigados pelo DIDH 148
1. Pessoas privadas 149
2. Corporações transnacionais 149
3. Agrupamentos não governamentais 151
4. Organizações intergovernamentais 151

**§ 8 Principais modos de obrigação emanadas dos DHI** 153

I. Obrigações negativas 155
II. Obrigações positivas 157
1. O dever de proteger 158
*a. Pressupostos gerais* 158
*b. Perigos objetivos* 160
2. O dever de garantir 161
*a. O dever de facilitar* 161
*b. O dever de prestar* 161
III. Obrigações processuais 162
IV. Obrigação de garantir os direitos humanos sem discriminação 163
V. Obrigação *erga omnes* 164
VI. Resumo 166

**Capítulo 4**

**A interpretação e a subsunção dos direitos humanos internacionais** 167

**§ 9 Interpretação** 168

I. Interpretação com base nos textos autênticos 168
II. Interpretação autônoma 169
III. A metodologia geral de interpretação de tratados internacionais 169
IV. "Effet utile" e interpretação dinâmica 171

**§ 10 A subsunção sob a estrutura de exame de um direito humano** 172

I. Estrutura geral de exame de um direito humano 173
1. Ingerência no âmbito de proteção 174
2. Legalidade da ingerência com o direito intraestatal 174
3. Finalidade legítima da ingerência 175
4. Proporcionalidade da ingerência 175
II. O exemplo prático 176
1. O caso (hipotético) 176
2. Solução (esboço) 177
3. Avisos supletivos 180

**Parte 2**

**Direito Processual**

*George Rodrigo Bandeira Galindo*

**Capítulo 5**

**Instituições e procedimentos** 183

**§ 11 Instituições e procedimentos no sistema universal** 183

I. Mecanismos extraconvencionais da ONU 184

1. Direitos humanos e os órgãos principais da ONU 185
2. O Alto-Comissariado para os direitos humanos 186
3. O Conselho de Direitos Humanos 186
*a. A revisão periódica universal* 187
*b. Os procedimentos especiais* 187
*c. O procedimento de reclamações* 188
II. Mecanismos convencionais 189
1. Procedimento de consideração dos relatórios dos Estados-Partes 190
2. Comunicações individuais 190
3. Reclamações interestatais 191
4. Investigações 191

**§ 12 Instituições e procedimentos no sistema interamericano** 191

I. Comissão Interamericana de Direitos Humanos 193
1. Funções e atribuições no sistema OEA 194
2. Funções e atribuições no sistema da Convenção Americana 197
II. Corte Interamericana de Direitos Humanos 199
1. A competência contenciosa 199
2. A competência consultiva 203

**Capítulo 6**
**A petição individual** 204

**§ 13 Pressupostos de admissibilidade** 204

I. Âmbito universal 206
1. Admissibilidade de petições individuais perante órgãos extraconvencionais 206
*a. Falta de motivação política* 207
*b. Descrição dos fatos e dos direitos afetados* 207
*c. Proibição de linguagem abusiva* 208
*d. Identificação do autor ou autores da comunicação* 208
*e. Proibição de a comunicação ser baseada em informações jornalísticas* 208

*f. Proibição da litispendência* 209
*g. Esgotamento de recursos internos* 209
2. Admissibilidade de comunicações individuais perante órgãos convencionais 210
II. Âmbito regional 212
1. Petição individual no sistema da Convenção Americana 213
2. Petição individual no sistema OEA 215

**§ 14 Mérito** 216

I. A justiciabilidade de uma violação de um direito humano 216
II. A comprovação de uma violação de um direito humano 217

**§ 15 *Checklist*** 218

**Parte 3**

**Direito Material (Direitos Seletivos)**

**Capítulo 7**

**Direitos civis e políticos** 221

*André de Carvalho Ramos*

**§ 16 O direito à vida e a pena de morte (art. 6º do Pacto II; art. 4º da ConvIDH)** 221

I. Direito à vida 223
1. O âmbito de proteção 225
2. As obrigações de respeito 227
3. As obrigações de proteção 231
*a. As obrigações legislativas* 231
*b. A proteção contra ameaças por pessoas privadas* 231
4. Obrigações processuais do Estado 234
5. Obrigações de garantir 244
II. A pena de morte 248
III. Perspectivas 252

**Capítulo 8**

**Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** 253

*Luiza Cristina Fonseca Frischeisen*

**§ 17 A justiciabilidade e a imposição dos direitos econômicos, sociais e culturais** 253

I. Introdução 254
II. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais 256
1. Conteúdo principal 257
2. Incorporação na ordem constitucional e legal brasileira 258
III. A judicialização dos direitos sociais como desdobramento do Estado democrático 259
1. Direito à igualdade e direitos sociais 259
2. As fronteiras da política e do Sistema de Justiça 260
3. A atuação do Poder Judiciário como intérprete dos instrumentos internacionais e da Constituição 264
IV. Constituição e direitos sociais, econômicos e culturais 266
V. Um exemplo de judicialização interna do direito à saúde 268

**§ 18 A judicialização perante o sistema interamericano de direitos humanos** 271

**§ 19 Conclusão** 272

**Capítulo 9**

**As proibições de discriminação** 273

*Sven Peterke*

**§ 20 Anotações introdutórias** 273

I. Delimitação: proteção individual *vs.* coletiva 275
II. Conceitos de igualdade 276
1. Igualdade formal 276
2. Igualdade substancial 276
III. A diferença entre discriminação direta e indireta 277

IV. A definição de discriminação 279

**§ 21 As proibições gerais de discriminação** 279

I. A distinção entre proibições acessórias e autônomas 281
1. Proibições acessórias 282
2. Proibições autônomas 283
3. Delimitação dos seus âmbitos de proteção 284
II. O princípio da isonomia 284
1. Conteúdo principal 284
2. Discriminações justificadas 287
III. A estrutura do exame das proibições gerais de discriminação 289
1. Existência de um ato de discriminação 289
2. Falta de uma causa de justificação 290

**§ 22 As proibições especiais de discriminação (seleção)** 291

I. A proibição da discriminação de mulheres 293
1. Proteção material-jurídica 293
2. Proteção processual-jurídica 296
II. A proibição da discriminação racial 297
1. Proteção material-jurídica 298
2. Proteção processual-jurídica 299

**Capítulo 10**
**Direitos humanos coletivos** 300
*Hans-Joachim Heintze*

**§ 23 Direitos dos povos indígenas** 300

I. Necessidade e configurações da proteção dos povos indígenas 301
1. Dificuldades de definição 302
2. Dificuldades de delimitação 304
II. Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas 305
1. Trabalhos preliminares para a criação da Declaração 306
2. Controvérsia sobre o direito de autodeterminação dos povos indígenas 307

III. Aceitação dos povos indígenas pela OIT 310
1. A Convenção da OIT n. 107 de 1957 311
2. A Convenção Sucessória n. 169 de 1989 314
IV. Atividades da OEA 317
V. Direitos essenciais dos povos indígenas na Declaração da ONU 319
1. Direito de autodeterminação dos povos indígenas 319
2. Outros direitos de autoadministração 321
3. A implementação dos direitos dos indígenas 323
*a. Procedimento de relatórios dos Estados* 323
*b. Procedimento individual de agravo* 324

**Parte 4**

**Pesquisa**

**Capítulo 11**

**Fontes de informação elementares** 329

*Sven Peterke*

**§ 24 Tratados de direitos humanos e jurisprudência** 330

I. Tratados de direitos humanos 330
1. Sítios 330
2. Coletâneas (impressas) 331
II. Jurisprudência 332
1. Cortes, tribunais e órgãos quase judiciais com jurisdição universal 332
2. Cortes, tribunais e órgãos quase judiciais com jurisdição regional 333

**§ 25 Bibliografia** 334

I. Comentários e livros didáticos 334
1. Comentários 334
2. Dicionários / Glossários / Enciclopédias 335
3. Livros didáticos 337

*a. Introdução ao DIDH* 337
*b. Introduções aos sistemas regionais* 338
II. Revistas (com referência à acessibilidade pela Internet) 339
1. Revistas de direitos humanos e áreas afins 340
2. Outras revistas importantes do Direito Internacional Público 342
III. Guias de pesquisa sobre o DIDH 344
IV. Guias sobre o DIDH 345

**Capítulo 12**

**Sítios de importantes atores do sistema internacional de direitos humanos** 346

**§ 26 Organizações intergovernamentais** 347

I. OIGs universais (inclusive órgãos e programas relevantes) 347
II. OIGs regionais (inclusive órgãos e programas relevantes) 348
1. OIGs africanas 348
2. OIGs americanas 348
3. OIGs asiáticas 348
4. OIGs europeias 348

**§ 27 Organizações não governamentais** 349

I. ONGs universais 349
II. ONGs regionais 350
1. ONGs africanas 351
2. ONGs americanas 351
3. ONGs asiáticas 352
4. ONGs europeias 352

**Glossário** 353
*Eugênio José Guilherme de Aragão*

**Sobre os Autores** 367

# Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos

# Capítulo 1: Os direitos humanos como matéria do Direito Internacional Público

O presente *Manual* pretende ser uma ajuda a todos que defendem os direitos humanos e que desejam seguir as normas e os mecanismos que o direito internacional dispõe. Ele evita, o máximo possível, a difusão de conceitos teóricos e doutrinas sem relevância prática e centra-se na apresentação de conhecimentos básicos no que diz respeito ao tratamento adequado de uma questão jurídica com uma série de particularidades. No entanto, mesmo aquele que abre este *Manual* com essa expectativa, deve estar disposto, primeiramente, a tomar conhecimento do desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos e sua forma atual, a fim de obter uma primeira visão acerca do tema. Para isso, há que se diferenciar os níveis de aplicação universal (§ 1) e regional (§ 2).

## § 1 O desenvolvimento da proteção universal dos direitos humanos

**Sumário:**


I. Proteção de indivíduos além das fronteiras até a Segunda Guerra Mundial
II. Carta das Nações Unidas e direitos humanos
III. A Declaração Universal dos Direitos Humanos
  1. Vantagens e desvantagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos
  2. Consequências
IV. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio
V. Codificação dos direitos humanos
VI. Os procedimentos de implementação do Pacto Civil
  1. Relatório estatal
  2. Queixa estatal
  3. Comunicação individual
  4. Excurso: interpretação do Pacto Civil
VII. Outras codificações de direitos humanos no âmbito da ONU
  1. Direitos econômicos, sociais e culturais
  2. Discriminação racial
  3. Discriminação contra a mulher
  4. Convenção contra a Tortura
  5. Convenção sobre os Direitos da Criança
  6. Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias
  7. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

8. Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra o Desaparecimento Forçado
9. Panorama

VIII. Proteção dos direitos humanos por órgãos da ONU (*Charter-Based System*)
1. Conselho de Direitos Humanos
2. Comitê Consultivo e outras comissões
3. Assembleia Geral da ONU
4. Conselho de Segurança
5. Discussões sobre intervenção humanitária

**Bibliografia:** Hegarty, Angela; Leonhard, Siobhan. *Human rights*: an agenda for the 21st century. London: Routledge, 1999, p. 1-32; Oberleitner, Gerd. *Human rights institutions.* Cambridge, 2007, p. 32-102; Mertus, Julie A. *The United Nations and human rights: a* guide for a new era. New York: Routledge, 2005, p. 1-44; Steiner, Henry J.; Alston, Philip; Goodman, Ryab. ***International human rights*** in context: law, politics, morals. Text and materials. 3. ed. Oxford et al.: OUP, 2007.

A construção do conceito de direito humano, iniciada há 250 anos, é um resultado do Iluminismo e uma realização filosófica. Produziu um sistema de valores que pode hoje reivindicar validade universal. No centro desse pensamento estão a vida e a dignidade do homem. Os direitos humanos são o requisito para que as pessoas possam construir sua vida em liberdade, igualdade e dignidade. Eles são compostos por direitos civis, políticos, econômicos, sociais e coletivos e foram primeiramente consolidados nas legislações nacionais, antes de se tornarem matéria do direito internacional.

Apesar de os direitos humanos serem universais, podem haver especificidades regionais. Importante é a existência de um alicerce básico e universal dos direitos humanos. Diferenças regionais ou nacionais podem ir além desse alicerce e considerar circunstâncias especiais. Os direitos humanos não devem igualar, mas – ao contrário – devem assegurar a individualidade de cada um e do grupo social ao qual pertence.

Os direitos humanos não são estáticos. Por via de regra, são construídos como uma reação a situações de ameaça e opressão. Assim, a liberdade de culto surgiu como resposta à emergência do protestantismo, por meio da Reforma instaurada por Martim Lutero; a proibição da escravidão surgiu da luta contra as formas desumanas do colonialismo; a proteção de dados tornou-se tema com a moderna tecnologia da informação; a proteção do meio ambiente e a biotecnologia levantaram novas questões acerca de direitos humanos.

## I. Proteção de indivíduos além das fronteiras até a Segunda Guerra Mundial

Até a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos eram assunto interno dos Estados. Os direitos dos indivíduos eram internacionalmente relevantes somente quando um país desejava proteger seu cidadão em outro país ou quando queria enviar um diplomata a outro país. Regras de direito internacional especificamente a respeito da imunidade diplomática desenvolveram-se já na antiguidade. A lei marcial é outro ramo do direito internacional que tem uma longa tradição, que hoje é chamada de Direito Internacional Humanitário ou de Conflito Armado. No século XIX, desenvolveram-se muitas disposições para a proteção do indivíduo, iniciadas com o Código Lieber norte-americano, de 1863, que se referia à proteção de pessoas que não participaram da guerra, civis e feridos, ou prisioneiros de guerra.

Os esforços da Inglaterra para a abolição do tráfico de escravos e da escravidão, motivados principalmente por questões econômicas, merecem destaque. O Congresso de Viena, já em 1815, anunciou uma declaração sobre tráfico de escravos que foi seguida por uma série de acordos bilaterais. Após o londrino Tratado Quíntuplo de 1841, o tráfico de escravos foi progressivamente diminuindo e então completamente proibido. Sob as égides da Liga das Nações, a Convenção sobre a Escravatura, um dos primeiros tratados de direitos humanos universais, foi aprovada em 1926, e a escravidão, sem exceção, proibida. Hoje a proibição da escravidão é parte do Direito Internacional Consuetudinário.

Não obstante, há o problema recorrente da escravidão e do trabalho forçado. Por isso, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu um relator especial para o tema[1] e um grupo de trabalho sobre as formas contemporâneas de escravidão[2].

Após a Primeira Guerra Mundial, outra grande área de regulação foi a proteção internacional das minorias, equipada como uma proteção de grupo, mas que beneficiou também o indivíduo. A proteção das minorias se fez necessária porque, após a Primeira Guerra, muitos novos Estados surgiram a partir do colapso dos Impérios multiétnicos Austro-Húngaro, Otomano e Russo. A autodeterminação proclamada por Woodrow Wilson em seus 14 pontos não pôde ser completamente realizada. Faltou unidade a muitos habitantes dos novos Estados, assim foram

[1] Gulnara Shahinian. Vide relatório UN-Doc. A/HRC/9/20, de 28/7/2008, disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/9session/reports.htm> . Acesso em: 15 fev. 2009.

[2] Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/issues/slavery/group.htm> . Acesso em: 15 fev. 2009.

confrontados com inúmeros conflitos étnicos. A proteção às minorias foi usada para permitir a coexistência dessa mistura colorida de povos.

Em geral, supõe-se que até a Segunda Guerra Mundial não houvesse uma proteção sistemática dos direitos humanos pelo Direito Internacional Público. Apenas a proteção de alguns grupos teve uma dimensão internacional.

> **Pergunta:** Que grupos de pessoas foram, até a Segunda Guerra Mundial, tema de esforços dos Estados além das fronteiras?

## II. Carta das Nações Unidas e direitos humanos

**Bibliografia:** Hanski, Raija; Suksi, Markku (Ed.). *An introduction to the international protection of human rights.* 2. ed. Turku: Abo Akademi University, 2004.

O genocídio dos nazistas contra os judeus na Europa e sua brutal repressão aos opositores políticos foi uma catástrofe no século. Foi mostrado que violações tão graves dos direitos humanos têm consequências não somente dentro do Estado; ao contrário, por meio dos fluxos migratórios e das ações violentas de regimes terroristas contra países vizinhos, elas têm uma dimensão que atravessa as fronteiras. Além disso, a agressividade do regime de Hitler contra parte de seu próprio povo, em última instância, transformou-se em uma agressão militar aberta contra outros Estados.

Desde os horrores da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional traçou, em 1945, a meta de "preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra"[3], que deveria ser alcançada por meio de um sistema de segurança coletiva, através da ONU. Concluiu-se que todos os Estados-Membros deveriam cooperar estreitamente em todas as áreas da vida internacional. Por meio da cooperação, graves violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas e boas experiências, trocadas. Essa abordagem está consubstanciada no art. 55 da Carta das Nações Unidas:

> Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão […] c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

---

[3] Cf. o preâmbulo da Carta da ONU. Disponível em: <http://www.un.org/aboutun/charter/> . Acesso em: 2 fev. 2009. Tradução portuguesa em: <http://www2.mre.gov.br/dai/onu.htm>. Acesso em: 2 fev. 2009.

No art. 13 da Carta das Nações Unidas, é também determinado que a Assembleia Geral da ONU deve contribuir para a efetivação dos direitos humanos. Em seu preâmbulo, os Estados-Membros comprometem-se com os direitos humanos. Com o estipulado na Carta da ONU, os direitos humanos foram, pela primeira vez, matéria do Direito Internacional Público.

> **Nota:** A inclusão da obrigação de se respeitarem os direitos humanos na Carta da ONU foi um marco histórico no Direito Internacional Público, pois pela primeira vez os Estados comprometiam-se perante outros Estados a adotar um comportamento determinado ante os não sujeitos do direito internacional, ou seja, seus habitantes desprovidos de direitos.

Contudo, a Carta da ONU é um documento bastante amplo. É um tratado constitutivo de uma organização internacional e contém os princípios básicos do direito internacional. Portanto, as disposições devem permanecer gerais. Além disso, a ONU é uma organização de coexistência, ou seja, as disposições devem permitir que tanto países ocidentais e comunistas como países desenvolvidos e subdesenvolvidos concordem. Portanto, não se encontram na Carta da ONU, por exemplo, comentários sobre a democracia, pois, em 1945, nem a União Soviética nem a Arábia Saudita (ambos membros fundadores) teriam concordado. No entanto, os Estados-Membros da ONU comprometeram-se a cooperar entre si e cada um para a promoção dos direitos humanos.

Com isso, o fundamento para o desenvolvimento dos direitos humanos foi dado, sem, contudo, uma concreta definição a ser cumprida ou direitos humanos designados. Sem dúvida, o ser humano é titular de direitos humanos no sentido ético e moral, devido à sua humanidade. Cada ser humano tem, também, obrigações perante a sociedade com as quais o desenvolvimento livre e pleno de sua personalidade é possível. Nenhum direito humano pode ser exercido em detrimento dos direitos de outras pessoas. Isso significa que a efetivação dos direitos humanos implica responsabilidade do indivíduo ante a sociedade e não somente uma responsabilidade do Estado perante o indivíduo.

> **Pergunta:** Por que, quando e para que os direitos humanos foram matéria do Direito Internacional Público?

Segundo o art. 1, § 3, da Carta da ONU, as Nações Unidas têm o objetivo de estabelecer uma cooperação internacional para promover e consolidar o respeito aos direitos humanos para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Esse objetivo é reafirmado no art. 55 da Carta da ONU e complementado pelo art. 56, no qual é estipulado que todos os Estados-Membros comprometem-se a cooperar entre si e juntamente com as Nações Unidas para alcançar os objetivos definidos. Embora a Carta das Nações Unidas fale de "direitos humanos e liberdades fundamentais", ela não contém uma definição para esses termos.

Como na Carta da ONU trata-se de um acordo internacional, são aplicadas as regras de interpretação da Convenção de Viena, de 23/5/1969. É afirmado no art. 31 que os acordos de boa-fé, em conformidade com os sentidos comuns de suas disposições, devem ser interpretados no seu contexto, à luz de seus objetivos e propósitos. Entrementes, essa regra geral de interpretação não continuou ajudando, pois, em 1945, a compreensão de direitos humanos diferia significativamente entre os Estados.

> **Nota:** Os princípios de direitos humanos e liberdades fundamentais, consagrados na Carta da ONU, são conceitos legais vagos, que necessitam de interpretação pela ONU.
>
> **Pergunta:** Quem está autorizado a interpretar um acordo? As regras gerais de interpretação podem ser aplicadas para o conceito de direitos humanos?

## III. A Declaração Universal dos Direitos Humanos

**Bibliografia:** Almeida, Guilherme Assis de. *A Declaração dos Direitos Humanos de 1948*: matriz do direito internacional dos direitos humanos. In: Almeida, Guilherme A. de; Perrone-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos:* instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1-11; Bernstorff, Jochen v. *The changing fortunes of the Universal Declaration of Human Rights*. The European Journal of International Law, v. 19, n. 5, p. 903-924, 2008; Glendon, Mary A. The forgotten crucible: the latin american influence on the universal human rights idea. *Havard Human Rights Journal,* v. 16, p. 27-39, 2003.

Com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10/12/1948, a Assembleia Geral da ONU esclareceu o que esta organização e seus Estados-Membros compreendiam por direitos humanos e liberdades fundamentais.

No preâmbulo da Declaração, são conhecidos a dignidade inerente e os direitos inalienáveis de todos os membros da sociedade como condição para liberdade, justiça e paz no mundo. Em seus trinta artigos, são listados direitos políticos e liberdades civis (arts. 1–22), bem como direitos econômicos, sociais e culturais (arts. 23–27). À primeira categoria pertencem, entre outros, o direito à vida e à integridade física, a proibição da tortura, da escravatura e de discriminação (racial), o direito de propriedade, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, o direito à liberdade de opinião e de expressão e à liberdade de reunião. A segunda categoria inclui, entre outros, o direito à segurança social, o direito ao trabalho, o direito à livre escolha da profissão e o direito à educação.

Essa compreensão de direitos humanos difere fundamentalmente da visão ocidental clássica, que compreende os direitos humanos no sentido da Revolução Francesa e suas reivindicações de igualdade, liberdade e fraternidade, sobretudo como direitos civis, para defender-se de intervenções do governo nos assuntos particulares das pessoas.

**Compreensão ocidental de direitos humanos**

A compreensão ocidental de direitos humanos remete-se à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que foi criada praticamente na mesma época (1950). Ela limita-se aos clássicos direitos civis e liberdades civis.

## 1. Vantagens e desvantagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos

Uma *vantagem* é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos considera todos os direitos humanos em sua unidade, pois os direitos humanos econômicos, sociais e culturais não são de maneira alguma de segunda classe. Mais do que isso, o direito à educação ou à alimentação é considerado um pré-requisito para a percepção dos direitos políticos. Por conseguinte, não se podem separar dos direitos humanos.

Outra *vantagem* é que este documento foi aprovado por unanimidade pela Assembleia Geral (somente a União Soviética e a Arábia Saudita se abstiveram).

Uma *desvantagem* é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não se refere à autodeterminação dos povos, pois esta é vista frequentemente como requisito para a percepção dos direitos humanos em sua totalidade. O exemplo dos palestinos, a quem a realização do seu direito à autodeterminação ainda é negada, mostra que eles não podem também exercer outros direitos humanos, como os de liberdade de locomoção, trabalho e saúde.

Outra *desvantagem* é o fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma resolução da Assembleia Geral. Porém, esses documentos não são fontes do Direito Internacional juridicamente vinculativas, mas declarações políticas. Elas têm uma grande importância moral – especialmente quando aprovadas por unanimidade –, mas não são exequíveis. Devido à sua abordagem política, são muitas vezes semelhantes a proclamações, que, no entanto, necessitam de aplicação legal. Isso se aplica, por exemplo, ao art. 14 da Declaração, segundo o qual todos têm o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países.

### 2. Consequências

A prática mostra que aqui se trata de uma proclamação geral. Ela requer a transformação em lei nacional, o que significa uma modificação em seu conteúdo. Em última análise, não se pode assumir sem reservas o fato de que qualquer um tem o direito de gozar de asilo em outros países. No entanto, todos os países estão mais ou menos empenhados nos princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos – pelo menos não falam abertamente contra –, de maneira que na literatura é frequentemente afirmado que esse documento constitui direito internacional consuetudinário[4].

No contexto de natureza proclamatória da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é compreensível que a exigência de uma codificação dos direitos humanos venha sob a forma de um tratado de direitos humanos. Com isso, uma outra desvantagem deve ser compensada, pois a Declaração não tem um mecanismo de aplicação. Esse mecanismo é necessário porque os direitos humanos não são conferidos aos Estados, mas aos indivíduos que estão sujeitos às leis estaduais, o que significa que os Estados assumem obrigações perante outros Estados, que têm de "transmiti-las" ao povo. Isso explica a necessidade de controle da aplicação.

> **Pergunta:** Quais vantagens e desvantagens a Declaração Universal dos Direitos Humanos possui?

## IV. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio

**Bibliografia:** Schabas, William A. *Genocide in international law*: the crime of crimes. 2. ed. Cambridge: CUP, 2009; Quigley, John. *The genocide convention*: an international law analysis. Aldershot: Ashgate, 2006.

---

[4] Cf. Hoogh, Andre de. *Obligations erga omnes and international crimes*. The Hague: Brill Academic, 1996, p. 42 ss.

Paralelamente à elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a ONU também abordou a codificação de normas para o controle do genocídio, símbolo dos crimes do nacional-socialismo. A elaboração da convenção sobre a prevenção e a punição do genocídio foi uma consequência do holocausto durante a Segunda Guerra Mundial. A comunidade internacional queria com isso evitar tais atos de extermínio de grupos étnicos, que foi descrito como *o* crime de todos os crimes. Supunha-se que o genocídio sempre foi proibido, porque contraria os princípios gerais do direito internacional. Assim, não foi necessário proibir o genocídio em 1948 por meio de um tratado internacional.

A convenção, no art. I, confirma que o genocídio é um crime internacional. O acordo visa, portanto, prevenir o crime e punir os agressores. Isso deveria realizar-se por meio de uma definição exata do crime no art. II, que afirma ser o genocídio um dos seguintes atos cometidos

> com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico ou religioso, tais como:
>
> a) assassinato de membros do grupo;
>
> b) atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo;
>
> c) submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial;
>
> d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
>
> e) transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo.

Essa definição é bastante ampla, mas tem pontos fracos. A perseguição a grupos políticos não pode ser punida como genocídio. É também difícil demonstrar a intenção do autor. Essas fraquezas foram evidenciadas recentemente em relação a casos no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e no Tribunal Penal Internacional para Ruanda. No caso *Dusco Tadic*, as autoridades alemãs autuaram, por cumplicidade de genocídio, *Dusco Tadic*, que foi preso na Alemanha e transferido para o Tribunal. Este acusou-o apenas de crimes de guerra e crimes contra a humanidade[5].

> **Indicação de Leitura:** Devido à inadequação da definição, faz-se necessária, há algum tempo, uma reforma da convenção. Cf. Andreas, Paul. *Kritische Analyse und Reformvorschlag zu art. II Genozidkonvention*. Heidelberg: Springer, 2008.

[5] Ministério Público no caso *Tadic* (Caso Nr. IT-94-1-1). Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/cis/en/cis_tadic.pdf>.

Nos termos do art. III, são puníveis o genocídio, a conspiração e a incitação ao genocídio e sua tentativa. Os autores não podem sequer invocar o fundamento da imunidade se eles pertencerem ao governo de algum país. Interessantes são as disposições para punição no art. VI. Nele, as pessoas que são acusadas de genocídio respondem perante um tribunal habilitado do Estado onde tenha sido cometido o ato, ou no Tribunal Penal Internacional, competente pelas partes que reconheceram sua competência pela convenção. A primeira variante, a punição por meio de um tribunal nacional no local do ato cometido, está sendo, na maioria dos casos, eliminada. É muito difícil de se esperar que um tribunal seja verdadeiramente independente em um país onde o genocídio é possível. Mais importante é, então, a segunda variante, a criação de um Tribunal Penal Internacional. Com a adoção da convenção sobre genocídio, em 1948, consistiu-se em missão para a ONU a criação de tal tribunal. No entanto, a organização mundial precisou de mais de 50 anos para chamá-lo à vida.

> **Nota:** O Tribunal Penal Internacional (TPI), criado com o Estatuto de Roma em 1998, tem a competência de punir agressores culpados de genocídio. No entanto, essa competência é complementar. Somente quando os Estados não são capazes, ou não estão dispostos a punir o genocídio, o TPI exerce sua competência.

Em geral, parece que o compromisso verbal é unânime em rejeitar o genocídio. No entanto, até agora, apenas 140 Estados ratificaram a convenção[6], entre eles o Brasil[7]. Mesmo países ocidentais tiveram dificuldades com a ratificação; os EUA ratificaram o tratado somente em 1988. Ainda mais difícil é sua aplicação. O Camboja ratificou a convenção em 1950, porém o genocídio do Khmer Vermelho não pôde ser evitado. A punição dos agressores pôde ser vista somente após a morte de Pol Pot e somente por pressão internacional. O primeiro processo pelo tribunal híbrido criado com o apoio da ONU começou em 2009.

> **Pergunta:** Como se define genocídio?

O significado determinante da Convenção para a Prevenção do Crime de Genocídio está no art. I, no qual os Estados-Membros comprometem-se a impedir o genocídio. Isso implica que os países devem atuar ativamente em casos reconhecidos de genocídio, o que na prática nem sempre é o caso. Sobre os acontecimentos em Darfur, existe, desde 2002, uma grande relutância por parte da comunidade internacional de uma ação militar contra o governo sudanês. Nesse contexto, é compreensível que a

---

[6] Ratificação disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=318&chapter=4&lang=en>.

[7] Tradução em português disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/genocídio.htm>. Acesso em: 2 fev. 2009.

política evite qualificar atos de genocídio como tal. Mas, mesmo no caso inconteste de genocídio em Ruanda em 1994, o Conselho de Segurança da ONU não estava em condições de enviar suas forças para impedi-lo. Essa experiência levou a um extenso debate entre acadêmicos e profissionais, que culminou no conceito de *Responsibility to Protect* (veja a seguir).

## V. Codificação dos direitos humanos

A Declaração Universal foi o ponto de partida para a construção do sistema de direitos humanos das Nações Unidas e é o ponto de referência para todos os outros tratados internacionais. O requisito inicial foi a elaboração de um tratado internacional, que legalizaria o conteúdo da Declaração Universal. Quando a Comissão de Direitos Humanos começou com essa intenção em 1949, isso se mostrou impossível. Não somente os conflitos ocidente-oriente e a Guerra Fria foram culpados. Era muito complicado falar sobre esse tema ideológico aquecido nesse clima. Todavia, também questões técnico-jurídicas determinaram as negociações e fizeram compromissos necessários.

O problema essencial foi a diversidade jurídica dos direitos humanos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais. Juntos, eles formam uma unidade, mas, no que diz respeito à aplicação, seguem diferentes princípios. Assim, a proibição da tortura, consolidada no art. 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode ser executada diretamente por um ato legislativo. Essa metodologia é a mesma em todos os países. Mas o direito à educação, consagrado no art. 26, não é alcançado por um único ato. Em vez disso, é requisito para que aconteça e a aplicação concreta em países desenvolvidos difere dos países pobres em desenvolvimento. Essa diferenciação explica por que se levantou o propósito da codificação da unidade dos direitos humanos.

A Comissão de Direitos Humanos decidiu elaborar duas convenções distintas, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto Civil) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social). A adoção simultânea de ambos os pactos em 19/12/1966 deixa claro que eles apresentam uma unidade. Os países veem isso como óbvio, pois a adesão aos dois pactos é hoje quase idêntica. Ambos os pactos entraram em vigor em 1976, após a retificação de 35 países. No início de 2009, pertenciam ao Pacto Civil 164 e ao Pacto Social 160 países. O Brasil adotou ambos os pactos em 24/1/1992[8].

[8] Decretos n. 591 e 592, de 6 de junho de 1992. Disponível com as traduções em português dos Pactos em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>. Acesso em: 3 fev. 2009.

**Nota:** Informações atuais, os textos dos pactos e as condições encontram-se no recomendável *site* do Alto-Comissariado da ONU para Direitos Humanos: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/index.htm>.

A *diferença* crucial dos pactos está nas respectivas cláusulas gerais:

**Art. 2º do Pacto Civil**

(1) Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indíviduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição.

(2) Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas em adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. [...]

**Art. 2º do Pacto Social**

(1) Cada um dos Estados Signatários do presente Pacto se compromete a adotar medidas, tanto isoladamente quanto mediante a assistência e a cooperação internacional, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que disponha, para progressivamente obter, por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas em particular, a plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos.

(2) Os Estados Signatários do presente Pacto se comprometem a garantir o exercício dos direitos que nele se enunciam sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

(3) Os países em vias de desenvolvimento, tendo adequadamente em conta os direitos humanos e sua economia nacional, poderão determinar em que

medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto a pessoas que não sejam nacionais.

**Pergunta:** Qual é a diferença fundamental entre os compromissos de implementação dos arts. 2º dos Pactos Civil e Social?

## VI. Os procedimentos de implementação do Pacto Civil

**Bibliografia:** Nowak, Manfred. U.N. *Covenant on Civil and Political Rights*: CCPR Commentary. 2. ed. Kehl: Engel Verlag, 2005, p. 506 ss.; Joseph, Sarah; Schultz, Jenny; Castan, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights*: cases, materials, and commentary. 2. ed. Oxford et al.: OUP, 2005.

Na elaboração do Pacto Civil, um ponto litigioso principal foi a maneira de controlar a realização das suas disposições. Como se sabe, o Direito Internacional Público constrói-se conhecidamente de acordos voluntários. Quando Estados fecham voluntariamente um acordo, é também de se esperar que se comprometam em cumpri-lo.

**Nota:** O Direito Internacional Público surge de acordos voluntários. Por isso, os Estados os aplicam voluntariamente. Legalmente, eles são comprometidos ao princípio de que acordos devem ser obedecidos (*pacta sunt servanda*) (art. 2º, 1, Carta da ONU).

### 1. Relatório estatal

Contudo, essa regra geral aplica-se apenas condicionalmente aos tratados de direitos humanos. Essa especificidade resulta do fato de que os Estados fazem os acordos, mas os beneficiários são os indivíduos. Procedimentos especiais que fazem sentido são aqueles que possibilitam a revisão da aplicação dos acordos de direitos humanos nos Estados-Membros. Entretanto, durante a elaboração do pacto, duas escolas de pensamento entraram em confronto. Os países ocidentais foram a favor da criação de um tribunal internacional de direitos humanos, ao qual vítimas de violações dos direitos humanos poderiam dirigir-se. Essa proposta foi estritamente rejeitada pelos socialistas, porque eles viam os direitos humanos em princípio como um direito de participação das pessoas na sociedade e não como um direito de defesa individual contra abuso de poder por parte do Estado. Consequentemente, uma solução de compromisso precisou ser encontrada. Ela consiste na criação de um *procedimento de relatório estatal*. Assim, os Estados-Partes relatam regularmente, de

acordo com o art. 40 do Pacto Civil, a implementação dos direitos civis e políticos em sua jurisdição.

**Procedimento de relatório estatal (art. 40)**

(1) Os Estados-Partes no presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tomar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o progresso alcançado no gozo desses direitos:

a) dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente Pacto nos Estados-Partes interessados;

b) a partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar.

(2) Todos os relatórios serão submetidos ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que os encaminhará, para exame, ao Comitê. Os relatórios deverão sublinhar, caso existam, os fatores e as dificuldades que prejudiquem a implementação do presente Pacto.

(3) O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas poderá, após consulta ao Comitê, encaminhar às agências especializadas cópias das partes dos relatórios que digam respeito à sua esfera de competência.

(4) O Comitê estudará os relatórios apresentados pelos Estados-Partes no presente Pacto e transmitirá a eles seu próprio relatório, bem como os comentários gerais que julgar oportunos. O Comitê poderá, igualmente, transmitir ao Conselho Econômico e Social os referidos comentários, bem como cópias dos relatórios que houver recebido dos Estados-Partes no Pacto.

Para evitar que o processo de relatório se torne politizado e os relatórios não correspondentes com a verdade, os Estados não relatam a um organismo intergovernamental, mas a um comitê de especialistas, de acordo com o art. 28 do Pacto Civil.

**Comitê de Direitos Humanos (art. 28)**

(1) Constituir-se-á um Comitê de Direitos Humanos (doravante denominado "Comitê" no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante.

(2) O Comitê será integrado por nacionais dos Estados-Partes no presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica.

(3) Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

Os membros do Comitê são eleitos por um período de quatro anos e representam diversos sistemas jurídicos e de valor. O Comitê de Direitos Humanos tem, em especial, três tarefas importantes:

- O recebimento e a avaliação dos relatórios dos Estados (art. 40 do Pacto Civil)
- A decisão sobre comunicações individuais (art. 1 do Protocolo Facultativo 1 para o Pacto Civil)
- A interpretação das obrigações de uma parte do acordo.

O Comitê concedeu a si mesmo um regimento. Os Estados devem, após o primeiro relatório, relatar novamente em um espaço de tempo de cinco anos. Os relatórios devem incluir, para cada artigo do Pacto Civil, medidas administrativas, legislativas e executivas dos Estados-Partes. Os membros do Comitê analisam o relatório e convidam um representante do Estado relatado para discutir assuntos de interesse. Como fonte de informação, o Comitê pode utilizar-se do relatório do Estado e de outros relatórios sérios. Nos últimos tempos, são usadas também informações de organizações não governamentais, que majoritariamente relatam, de forma crítica, determinados problemas em relação aos direitos humanos. Ao final do procedimento, a comissão avalia o relatório como satisfatório ou não satisfatório. De maneira geral, os aspectos positivos e negativos do relatório do Estado são resumidos ao final. Todo o procedimento visa promover a cooperação entre Estados em relação aos direitos humanos, no qual as *best practices* são identificadas e as vulnerabilidades, criticadas. Com isso deseja-se ter efeitos preventivos, no qual sugere-se seguir bons exemplos de proteção dos direitos humanos. Se, por outro lado, a violação dos direitos humanos é comprovada, os Estados devem ser responsabilizados por meio de um *public blame*, para reprimir essa violação e assegurar a compensação às vítimas. Esses objetivos só podem ser alcançados por meio de publicidade. Isso significa, portanto, que todas as atividades do Comitê de Direitos Humanos estão à disposição para a leitura de todos.

**Nota:** Os relatórios estatais, discussões no Comitê e avaliações estão disponíveis em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm>.

O Brasil faz parte do Pacto Civil desde 1992[9]. Em 1995, apresentou seu primeiro relatório de Estado[10] e em 2005, o segundo[11]. As avaliações da comissão estão disponíveis em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/453/44/PDF/G0545344.pdf?OpenElement> e apresentam alguns aspectos positivos preliminares do relatório:

CCPR/C/BRA/CO/2
1 December 2005
Original: ENGLISH
HUMAN RIGHTS COMMITTEE
Eighty-fifth session

**CONSIDERATION OF REPORTS SUBMITTED BY STATES PARTIES UNDER ARTICLE 40 OF THE COVENANT**

**Concluding observations of the Human Rights Committee**
**BRAZIL**

1. The Committee considered the second periodic report of Brazil (CCPR/C/BRA/2004/2) at its 2326th and 2327th meetings (CCPR/C/SR.2326 and 2327), on 26 and 27 October 2005, and adopted the following concluding observations at its 2336th meeting (CCPR/C/SR.2336), on 2 November 2005.

**A. Introduction**

2. The Committee welcomes the second periodic report submitted by Brazil while regretting that it was presented more than eight years after the examination of the initial report. It expresses its appreciation for the dialogue with the State party delegation. The Committee also welcomes the extensive responses to the list of issues in written form, which facilitated discussion between the delegation and Committee members. In addition, the Committee appreciates the delegation's oral responses given to questions raised and to concerns expressed during the consideration of the report.

[9] Decretos n. 591 e 592, de 6 de junho de 1992. Disponível com as traduções em português dos Pactos em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.html>. Acesso em: 3 fev. 2009.

[10] UN-Doc. CCPR/C/81/Add.6.

[11] UN-Doc. CCPR/C/BRA/2004/2.

**B. Positive aspects**

3. The Committee welcomes the campaign for civil registration of births, needed, inter alia,to facilitate and ensure full access to social services.

4. The Committee welcomes institutional measures to protect human rights in the State party, namely, the establishment of Police Ombudsmen's Offices and "Legal Desks" to provide legal advice and civil documentation to indigenous and rural communities, as well as the "Brazil Without Homophobia" programme, the "Afro-Attitude" programme to support black students in public universities and the "Plan Against Violence in the Countryside".

Por outro lado, foi criticado que o relatório continha muito pouca informação sobre quais políticas de educação e medidas práticas foram tomadas para possibilitar a percepção dos direitos humanos. Outras críticas referem-se aos direitos de povos indígenas.

## 2. Queixa estatal

Segundo o art. 41, os Estados-Partes podem, a qualquer momento, declarar que reconhecem a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado-Parte alegue que outro não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o Pacto.

Esse procedimento denomina-se comunicação estatal. No entanto, ela somente pode ser apresentada por um Estado que também aceita esse recurso. É notório que esse procedimento é fortemente político. É semelhante ao julgamento de violações dos direitos humanos pela ONU (*Charter-based bodies*, veja a seguir). Isso parece ser pouco adequado para um corpo de especialistas como o Comitê de Direitos Humanos. Por isso, não é de se estranhar que as comunicações estatais não tenham sido aplicadas pelo Comitê.

## 3. Comunicação individual

**Bibliografia:** Hüfner, Klaus. *How to file complaints on human rights violations:* a manual for individuals and NGOs. 4. ed. Berlin: German United Nations Association, 2005. Disponível em: <http://www.unesco.de/c_humanrights/>. Acesso em: 1º abr. 2009; Schäfer, Bernhard. *Die Individualbeschwerde nach dem Fakultativprotokoll zum Zivilpakt, Ein Handbuch für die Praxis.* Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte, 2007. Disponível em: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/handbuch_die_individualbeschwerde_nach_dem_fakultativprotokoll_z_zivilpakt.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2009.

Na elaboração do Pacto Civil havia, desde o início, a questão de como as pessoas podem defender-se de violações dos direitos humanos. O acesso a um tribunal de direitos humanos, requisitado por países ocidentais, foi categoricamente rejeitado pelos países orientais. Esse problema ameaçou de fracassar toda a codificação do pacto de direitos humanos.

Consequentemente, foi necessária a criação de um recurso individual, que não é parte do Pacto Civil. Decidiu-se criar um protocolo facultativo independente, que deve ser ratificado separadamente.

Dos 163 Estados-Partes do Pacto Civil, 111 ratificaram o protocolo facultativo no início de 2009[12]. Entre eles encontram-se países latino-americanos, como Argentina (1986), Chile (1992) e Uruguai (1970). Particularmente os crimes cometidos no Uruguai durante a ditadura militar (prática de desaparecimento forçado) por diversas vezes ocuparam o Comitê. A maioria das 48 decisões do Comitê em relação ao Uruguai refere-se aos crimes dos militares[13]. O Brasil não faz parte do Protocolo Facultativo.

Países que fazem parte do Pacto e ratificaram o protocolo permitem que o Comitê de Direitos Humanos receba e analise comunicações de indivíduos sob sua jurisdição que afirmam ser vítimas de violação de um dos direitos reconhecidos nesse Pacto. Isso significa que uma pessoa pode queixar-se de uma violação de direitos humanos para o Comitê. O Comitê comprova então, com base na documentação apresentada, se o reclamante foi violado em seus direitos. Em caso afirmativo, o Comitê pede ao Estado-Membro para reprimir as violações dos direitos humanos e a concessão de indenização ou restituição à vítima. O Comitê não tem, entretanto, a possibilidade de apurar os fatos no local e não pode forçar que sua decisão seja aplicada. Essa é a principal diferença de um processo judicial, que termina com uma decisão executória. Requisito para a apresentação de uma comunicação individual ao Comitê é o esgotamento dos recursos jurídicos internos (*local remedy rule*).

> **Nota:** Em nível universal, não existe um recurso individual compulsório para vítimas de violações dos direitos civis. Apenas os Estados que ratificaram o protocolo facultativo permitem que moradores que tenham seus direitos civis violados dirijam-se ao Comitê de Direitos Humanos.

A elaboração de um protocolo facultativo provou ser uma boa jogada diplomática, porque a ratificação do Pacto Civil fracassou devido aos recursos

---

[12] Ratificação disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=323&chapter=4&lang=en>.

[13] Essas decisões estão disponíveis em: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>.

individuais e, por outro lado, por meio da existência de tal recurso é exercida uma certa pressão moral nos Estados para permitir o recurso. Como muitos países desejam ter uma imagem "simpática aos direitos humanos", essa pressão surtiu efeito.

Entretanto, deve-se observar que em níveis regionais igualmente existem recursos individuais. Para evitar que sejam apresentados recursos sobre um mesmo assunto a diversas instâncias, os Estados mais afetados apresentaram reservas. A Alemanha declara:

> Reservation: The Federal Republic of Germany formulates a reservation concerning article 5 paragraph 2 (a) to the effect that the competence of the Committee shall not apply to communications
>
> a) which have already been considered under another procedure of international investigation or settlement […][14].

Num sentido jurídico rígido, as decisões do Comitê de Direitos Humanos não podem ser impostas às comunicações individuais. Por isso, são descritas frequentemente na literatura como não muito contundentes. Acontece também, especialmente em países que confortavelmente assumiram um papel de infrator, que essas decisões não são consideradas. No entanto, elas não devem ser subestimadas, pois os países preocupam-se com sua reputação. Todas as decisões do Comitê são publicadas[15]. Ao mesmo tempo, as decisões são ferramentas essenciais que podem auxiliar nas interpretações das disposições do Pacto.

## 4. Excurso: interpretação do Pacto Civil

O Comitê de Direitos Humanos é um organismo de aplicação de um acordo. Ele é responsável por fazer com que as obrigações do pacto sejam implementadas pelas partes. Para garantir isso, ele necessita de uma interpretação. Isso é feito, por um lado, por meio da utilização da disposição do pacto em casos individuais no âmbito do procedimento segundo o protocolo facultativo. Por outro lado, a comissão também aprovou "Comentários Gerais" ("General Comments"), com os quais interpreta as disposições do Pacto. Até o momento ela fez 33 declarações de interpretação:

---

[14] Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=323&chapter=4&lang=en#EndDec>.
[15] Schmidt, M. G. The office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. In: Hanski, R.; Sukksi, M. *An introduction to the international protection of human rights*. Turku, 2004, p. 169 ss.

**"General Comments"**

| N. | Tema | aprovado |
|---|---|---|
| 33 | Obligations of States Parties under the Optional Protocol | 2008 |
| 32 | Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial | 2007 |
| 31 | The nature of the general legal obligation imposed on States parties | 2004 |
| 30 | Reporting obligations of States parties under article 40 | 2002 |
| 29 | Article 4 (Derogations during a state of emergency) | 2001 |
| 28 | Article 3 (The equality of rights between men and women) | 2000 |
| 27 | Article 12 (Freedom of movement) | 1999 |
| 26 | Continuity of obligations | 1997 |
| 25 | Article 25 (Participation in public affairs and the right to vote) | 1996 |
| 24 | Reservations to the Covenant or Optional Protocols or declarations under article 41 of the Covenant | 1994 |
| 23 | Article 27 (Rights of minorities) | 1994 |
| 22 | Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion) | 1993 |
| 21 | Article 10 (Humane treatment of persons deprived of their liberty) | 1992 |
| 20 | Article 7 (Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) | 1992 |
| 19 | Article 23 (The family) | 1990 |
| 18 | Non-discrimination | 1989 |
| 17 | Article 24 (Rights of the child) | 1989 |
| 16 | Article 17 (Right to privacy) | 1988 |
| 15 | The position of aliens under the Covenant | 1986 |
| 14 | Article 6 (Right to life) | 1984 |
| 13 | Article 14 (Administration of Justice) | 1984 |

| | | |
|---|---|---|
| 12 | Article 1 (Right to self-determination) | 1984 |
| 11 | Article 20 (Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred) | 1983 |
| 10 | Article 19 (Freedom of opinion) | 1983 |
| 9 | Article 10 (Humane treatment of persons deprived of their liberty) | 1982 |
| 8 | Article 9 (Right to liberty and security of persons) | 1982 |
| 7 | Article 7 (Prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) | 1982 |
| 6 | Article 6 (Right to life) | 1982 |
| 5 | Article 4 (Derogations) | 1981 |
| 4 | Article 3 (Equal enjoyment of civil and political rights by men and women) | 1981 |
| 3 | Article 2 (Implementation at the national level) | 1981 |
| 2 | Reporting guidelines | 1981 |
| 1 | Reporting obligation | 1981 |

**Nota:** Os "General Comments" são documentos importantes para a interpretação das obrigações dos Estados-Partes no pacto. Eles devem ser observados na confecção do relatório a ser entregue ao Comitê de Direitos Humanos[16].

**Pergunta:** Como monitorar a implementação dos compromissos assumidos no Pacto pelos Estados-Membros? O Brasil é obrigado a implementar o Pacto em nível nacional?

Em 1989, foi aprovado um segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Civil que incluía a abolição da pena de morte. O protocolo, que entrou em vigor em 1991, foi ratificado por setenta países[17]. Os Estados-Partes comprometeram-se a eliminar a pena de morte de seu código penal. O Brasil não faz parte do protocolo.

**Leia o Protocolo Facultativo: Disponível em:** <http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr-death.htm>.

[16] Os "General Comments" estão disponíveis em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

[17] Ratificação disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=137&chapter=4&lang=en>.

## VII. Outras codificações de direitos humanos no âmbito da ONU

Os direitos humanos formam uma unidade em nível universal e estão direcionados a criar um padrão universal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos documenta essa unidade. Todavia, a codificação ramifica essa unidade.

Frequentemente fala-se acerca das três gerações dos direitos humanos na literatura. A *primeira geração* são os clássicos direitos humanos, os liberais direitos de defesa e os democráticos direitos de participação. Eles são enfatizados principalmente pelos países ocidentais e englobam direitos subjetivos[18] que são legalmente exigíveis pelo Estado. A *segunda geração*, favorecida pelos países socialistas, são os direitos econômicos, sociais e culturais. Eles são possíveis por meio de uma ação do Estado, que garante o direito ao trabalho, à alimentação, à moradia, à educação etc. A *terceira geração*, trazida pelo terceiro mundo, são os direitos solidários ou coletivos dos povos, como, por exemplo, o direito à autodeterminação dos povos. Todo o debate acadêmico sobre as três gerações foi uma expressão da confrontação ideológica nos tempos de oposição ocidente–oriente e não deixou realmente marcas na codificação. Ele mostrou as diferentes formas de atuação dos três grupos de países acerca do tema. Mais surpreendente é que, apesar dos incalculáveis confrontos na ONU, surgiu um sistema de tratados de direitos humanos de forma que hoje todas as áreas de defesa desses direitos dispõem de suas próprias normas de proteção.

### 1. Direitos econômicos, sociais e culturais

O Pacto Social foi elaborado paralelamente ao Pacto Civil, concomitantemente com a assembleia geral aprovada em 1966, e entrou em vigor em 1976. No início de 2009, pertenciam a esse acordo 160 países[19]; a filiação é praticamente idêntica à do Pacto Civil (com a substancial exceção dos EUA). O Pacto é a codificação mais significativa dos direitos humanos da "segunda geração". Juntamente com o direito ao trabalho, às condições justas de trabalho e à liberdade sindical, foram listados direitos sociais, como a proteção da família, segurança social, saúde e moradia, bem como direitos culturais, como a educação.

Como já apresentado, o Pacto, no art. 2º (1), obriga os países a uma implementação progressiva, de maneira que os direitos sejam estabelecidos "pouco

---

[18] Cf. explicações acerca do conceito de direito subjetivo, de Sven Peterke, no capítulo 3, § 6, deste *Manual*.

[19] Ratificação disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=321&chapter=4&lang=en>.

a pouco"[20]. Essa é também uma fraqueza como o mecanismo de execução. O Pacto Social dispõe, como o Pacto Civil, de um Comitê, que, todavia, segundo o art. 16, apenas analisa os relatórios dos Estados. Significativas são as "observações gerais", que contribuíram essencialmente à interpretação das obrigações estatais em relação aos muitos direitos sociais negligenciados.

> **Sites importantes:** Pacto Social: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/index.htm>; Direito à educação: <http://portal.unesco.org/education/en/ev.php-URL_ID=9019&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>; Direito à alimentação: <http://www.fao.org/righttofood/index_en.htm>.

Por muito tempo, discutiu-se na ONU a respeito das comunicações individuais com o objetivo de promover o reconhecimento da equivalência dos direitos civis e sociais. Nesse contexto, pode ser visto como uma grande vitória que a Assembleia Geral tenha compreendido, em 10/12/2008, com a resolução A/RES/63/117, um Protocolo Facultativo ao Pacto Social, que dá poder ao Comitê de receber e decidir comunicações individuais sobre violações de direitos econômicos, sociais e culturais. Os Estados podem assiná-lo e ratificá-lo a partir de 2009. Assim será mostrado se os países, além de meras declarações de intenção, também estão prontos para continuar a judicialização dos direitos sociais. Essa exigência é principalmente direcionada aos países industrializados, que frequentemente se escondem atrás do caráter pragmático dos direitos sociais.

> **Leitura:** Mahon, Claire. Progress at the front: the draft optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review.* v. 4, n. 4, p. 617-646, 2008; Peterke, Sven. O Protocolo Opcional ao PIDESC: um avanço histórico. *Observatório da Constituição e da Democracia,* n. 30, p. 17, 2009.
>
> **Pergunta:** Os direitos civis e sociais são equivalentes? Uma comunicação individual é desejável?

## 2. Discriminação racial

**Bibliografia:** Cyfer, Ingrid. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965). In: Almeida, Guilherme A. de; Perrone-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos*: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12-24; Thornberry, Patrick. Confronting racial discrimination: a Cerd perspective. *Human Rights Law Review,* v. 5, n. 2, p. 239-269, 2005; Banton, Michael P. *International action racial discrimination.* Oxford: Clarendon Press, 1996.

[20] Cf. a questão da justiciabilidade desses direitos no capítulo 8, § 17, deste *Manual*.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial foi aprovada em 21/12/1965 pela Assembleia Geral da ONU. Ela deixa claro que a luta contra qualquer forma de discriminação racial era e é uma tarefa principal da ONU no âmbito dos direitos humanos, depois das experiências de uma ideologia racial do nacional-socialismo. Isso se reflete também no fato de que os países veem a proibição da discriminação como uma norma *jus cogens* do direito internacional. O acordo não somente proíbe a discriminação racial, mas

> qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, social, cultural, ou em qualquer outro domínio da vida pública[21].

Essa definição é ampla; são aceitas somente distinções entre nacionais e estrangeiros, bem como medidas de discriminação positivas para superar discriminação prévia.

É também interessante que o acordo entre os Estados-Partes requisite a condenação de toda propaganda e de toda organização que procure justificar ou promover alguma forma de ódio ou discriminação racial baseada em ideias ou teorias da superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de determinada cor de pele ou etnia. Eles se comprometem a adotar medidas positivas e imediatas para eliminar qualquer incitação à discriminação racial e a todos os atos de discriminação racial. Para isso, observados os princípios da liberdade de expressão, entre outros, assumem as seguintes obrigações:

> a) declarar delitos puníveis pela lei a difusão de idéias fundadas na superioridade ou no ódio racial, os incitamentos à discriminação racial, os actos de violência, ou a provocação a estes actos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, assim como a assistência prestada a actividades racistas, incluindo o seu financiamento;
>
> b) declarar ilegais e proibir as organizações assim como as actividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de actividade de propaganda, que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível pela lei a participação nessas organizações ou nessas actividades[22].

[21] Art. 1º, 1, da CIEDR.

[22] Cf. art. 4º da CIEDR.

Naturalmente, os países não são obrigados somente a proibir, mas têm de adotar medidas imediatas e eficazes, especialmente no domínio de ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra o preconceito que leva à discriminação racial e promover a compreensão, indulgência e amizade entre os povos e raças – ou nacionalidades[23].

**Pergunta:** Cite cinco compromissos que os Estados-Partes assumiram no acordo.

Esses compromissos são, sem dúvida, de longo alcance. Mostram a rejeição geral da discriminação no acordo com 173 países no início de 2009. O Brasil o ratificou já em 1968[24].

**Tarefa:** Compare as informações atuais do CERD em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/index.htm>.

O acordo prevê, como o Pacto Civil, um organismo de fiscalização (*Treaty Body*), o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (Commitee on the Elimination of Racial Discrimination – CERD), composto por 18 especialistas (incluindo atualmente o brasileiro José Augusto Lindgren-Alves). De acordo com o art. 9, os países são obrigados a relatar suas medidas adotadas contra o racismo a cada dois anos. Esse período curto provou ser impraticável, de maneira que ocorrem regularmente violações a essa obrigação por parte dos países. Porém, o CERD não podia analisar todos os relatórios profundamente. Por isso, reduziu a obrigação periódica do relatório e deu prioridade a relatórios urgentes, necessários sempre que surgirem problemas de convivência de grupos étnicos em um país. No entanto, na literatura faz-se notar que os procedimentos do CERD são relativamente ineficientes em comparação com os procedimentos do Pacto Civil[25].

Nos termos do art. 11, há uma queixa estatal facultativa, ou seja, os Estados-Partes podem dirigir-se ao CERD se observarem manifestações de discriminação racial em outro Estado-Parte. Apesar de existirem tais manifestações, esse recurso nunca foi utilizado. Esse fato surpreende diante de tais surtos de racismo como aqueles que, por exemplo, aconteceram em Ruanda em 1994. Conclui-se, portanto, que os Estados atribuem pouca importância ao CERD. Isso também se aplica a

---

[23] Vide também o capítulo 9, § 20, deste *Manual*.

[24] Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível com a tradução em português em: <http://www2.mre.gov.br/dai/racial.htm>. Acesso em: 3 fev. 2009.

[25] Cf. NOWAK, Manfred. *Einführung in das international Menschenrechtssystem*. Wien, 2002, p. 98.

comunicações individuais. Segundo o art. 14, os Estados-Partes podem declarar que dão aos seus cidadãos o direito de reclamar sobre violações dos seus direitos ao Cerd. Até o momento (início de 2009), 53 países o declararam[26], inclusive o Brasil, já em 2003[27]. No entanto, houve, até o momento, em média, apenas uma comunicação individual por ano, principalmente em relação a países europeus. A maioria delas foi julgada injustificada.

**Pergunta:** Que tarefas tem o Cerd?

## 3. Discriminação contra a mulher

**Bibliografia:** Byrnes, Andrew; Bath, Eleanor. Violence against women, the obligation of due diligence, and the optional protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Recent developments. *Human Rights Law Review,* v. 8, n. 3, p. 517-533, 2008; Espinoza, Olga. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979). In: Almeida, Guilherme A. de; Perrone-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos*: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 40-49.

A ONU sempre deu grande importância à igualdade da mulher. Em 1946 criou uma comissão para tratar a condição da mulher. Em 1952, foi elaborada uma Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1957, uma sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas; em 1962, uma sobre a aprovação do casamento. Houve diversas conferências mundiais sobre os direitos da mulher; uma relatora especial da Comissão dos Direitos Humanos foi nomeada para esse tema.

O instrumento mais importante e poderoso é, todavia, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Cedaw), de 1979. Como discriminação contra a mulher compreende-se, de acordo com o art. 1º, qualquer distinção, exclusão ou limitação estabelecida devido ao gênero, que tenha como resultado ou objetivo que o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, o gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por mulheres – independentemente de seu estado civil –, nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil, ou em qualquer outro âmbito,

[26] Cf. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=319&chapter=4&lang=en>. Acesso em: 3 fev. 2009.

[27] Decreto n. 4.738, de 12 de junho de 2003. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/declaracerd.htm>. Acesso em: 3 fev. 2009.

seja frustrado ou prejudicado. Além da abrangente proibição, a convenção contém uma série de obrigações positivas para garantir a eliminação da discriminação na vida política e pública (parte II), nas questões econômicas, sociais e culturais (parte III) e em termos do direito civil (parte IV). Disposições especiais referem-se à eliminação do tráfico de mulheres e da prostituição.

Em contraste com a Convenção contra a Discriminação Racial, a segregação baseada no gênero, como é praticada na Arábia Saudita e no Afeganistão, não é especificamente mencionada. Também não é garantido o acesso a lugares públicos, e a propaganda sexista não é proibida. A violência na família também não é mencionada.

> **Pergunta:** Em que se parecem e em que diferem as Convenções contra a Discriminação Racial e a de Discriminação contra a Mulher?

A convenção dispõe de um mecanismo de fiscalização sob forma de um Comitê de especialistas que recebe os relatórios dos 185 Estados-Partes. Em dezembro de 2000, entrou em vigor um Protocolo Facultativo, de modo que o Comitê pode agora lidar com comunicações individuais. É animador que já façam parte do Protocolo 96 países[28], entre eles também o Brasil[29]. Em geral, parece que a maioria dos países toma medidas efetivas para a implementação da convenção, e não somente devido ao papel ativo do Comitê da Cedaw e das ONGs.

> **Tarefa:** Veja as informações atuais sobre a Cedaw em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/index.htm>.

> **Leitura:** Sokhi-Bulley, Bal. The Optional Protocol to Cedaw: first steps. Human Rights Law Review, v. 6, n. 1, p. 143-159, 2006.

## 4. Convenção contra a Tortura

**Bibliografia:** Ikawa, Daniela Ribeiro. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984). In: Almeida, Guilherme A. de; Perrone-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos*: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50-63.

---

[28] Cf. <http://www2.ohchr.org/english/law/cat.htm>.

[29] Decreto Legislativo n. 107, de 6 de junho de 2002. Disponível com a tradução em português em: <http://www2.mre.gov.br/dai/protcedaw.htm>. Acesso em: 3 fev. 2009.

Tortura é uma agressão direta à dignidade humana e uma grave violação dos direitos humanos. Embora, como a escravidão, sob influência do Iluminismo, oficialmente extinta e proibida pelo direito internacional consuetudinário e pela codificação dos direitos humanos, essas violações ainda não foram superadas. ONGs como a Amnesty International relatam que, em aproximadamente metade dos países, a tortura é sistematicamente utilizada. Às experiências mais chocantes, soma-se que os EUA, em sua guerra contra o terror, também recorreram a práticas de tortura.

Já nos anos 70, a ONU começou a tomar medidas contra a tortura. O primeiro passo foi a constituição de um Relator Especial contra a Tortura. Em 1984, seguiu-se a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Ela obriga os Estados-Partes a tomar medidas legislativas, administrativas, judiciais ou outras medidas eficientes para impedir a tortura em todas as suas áreas de jurisdição. Não se pode, em casos excepcionais, seja de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna, seja outra emergência pública, invocar justificativa para a tortura.

No art. 1º dessa convenção,

> o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagi-la ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerarão como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

Na literatura, critica-se[30] que essa definição seria muito estrita, pois ela deve inversamente levar à conclusão de que a tortura não pode ser cometida por omissão e negligência, de que não pode ser cometida no âmbito privado, de que uma certa intensidade de provocação deliberada de sofrimento é necessária e que não pode acontecer sem um propósito, como, por exemplo, por puro sadismo.

[30] Nowak, Manfred. *Einführung in das internationale Menschenrechtsschutzsystem*. Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002, p. 102.

**Pergunta:** Por quem deve ser exercida a tortura proibida nesse acordo? Você considera as regras da convenção suficientes?

É criticado também[31] que a convenção contém uma *lawful clause*, na qual certas legislações penais para o castigo corporal, principalmente praticadas nos países islâmicos, não são proibidas na convenção. No entanto, há também o risco de que essa prática, utilizada na luta contra o terrorismo, possa ser legalizada.

Nos termos da convenção, os Estados-Partes comprometem-se a prevenir a tortura, por exemplo, por meio de formação profissional para carcereiros. Eles devem pagar indenização para vítimas da violação da proibição e punir os autores. É importante que não somente a tortura seja proibida, mas também o tratamento degradante menos grave.

A tortura é um crime universal. Por isso, os Estados-Partes devem iniciar uma investigação se houver prática de tortura de suspeitos sob sua jurisdição. Se a suspeita proceder, valerá o princípio *aut dedere aut iudicare*. Consequentemente, essa pessoa será extraditada ou punida. A última opção é utilizada se o autor, devido à proibição da expulsão, não puder ser extraditado, ou se não for perseguido no país requerente da extradição (por exemplo, porque goza de imunidade ou porque um indulto foi concedido).

A aplicação da convenção é monitorada por um comitê de especialistas contra a tortura (Committee against Torture – CAT). O CAT recebe os relatórios estatais obrigatórios, mas pode também efetuar queixas dos Estados ou individuais. Se houver evidência de que a tortura é praticada em um Estado-Parte, a comissão pode conduzir um inquérito, de acordo com o art. 20. No entanto, um inquérito no local somente pode realizar-se com o consentimento do Estado. Pode-se considerar também crítico que os países possam recorrer, de acordo com o art. 28, do art. 20 (cláusula *opting out*). Quanto ao relatório dos EUA, o Comitê manifestou a preocupação em 2006 de que não houve repressão aos atos de tortura conduzidos extraterritorialmente[32].

**Tarefa:** Visite o *site* do comitê: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/index.htm>.

---

[31] Flinterman, Cees; Henderson, Catherine. Special human rights treaties. In: Hanski, R.; Suksi, M. *An introduction to the international protection of human rights.* Turku: Abo Akademi University, 2004, p. 125 ss.

[32] UN-Doc. CAT/C/USA/CO/2.

No total, a Convenção foi ratificada por 146 países[33]. O Brasil faz parte da Convenção desde 1989[34] e, em 26/6/2006, declarou:

> […] the Federative Republic of Brazil recognizes the competence of the Committee against Torture to receive and consider denunciations of violations of the provisions of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted in New York on December 10, 1984, as permitted by article 22 of the Convention.

O primeiro relatório do Brasil ao CAT, apresentado com protelação de dez anos, estava na agenda em 2001. A comissão elogia, por um lado, a vontade do governo de atuar contra a tortura e, por outro lado, percebe como crítico que ainda exista uma cultura de aceitação de abusos de poder de servidores públicos. Especialmente em delegacias de polícia, haveria numerosos atos de tortura e maus-tratos. Em adição viriam as más condições de higiene nas prisões[35].

Para realmente se conseguir uma prevenção eficaz, foi necessária a criação de um organismo que pode visitar, nos Estados-Partes, delegacias de polícia, prisões e estabelecimentos similares rapidamente e sem convite prévio. Isso foi formado com o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura em 18/12/2002. Em 22/6/2006, entrou em vigor um Subcomitê da Convenção que tem esse poder. Ele age pelo sério compromisso de superar a tortura que, no início de 2009, 46 países já haviam ratificado[36]. Entre eles encontra-se o Brasil desde 2007[37].

**Leitura:** Ginbar, Yuval. *Why not torture terrorists?* Moral, practical, and legal aspects of the 'ticking bomb' justification for torture. Oxford: OUP, 2008.

**Tarefa:** Veja a lista dos Estados-Partes em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=131&chapter=4&lang=en>.

---

33 Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=129&chapter=4&lang=en>.

34 Cf. Decreto n. 40, de 14 de fevereiro de 1991. Disponível com a tradução em português em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_40_1991.htm>. Acesso em: 2 fev. 2009.

35 Cf. UN-Doc. A/56/44, §119ff.

36 Veja ratificação em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=131&chapter=4&lang=en>.

37 Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007. Disponível com a tradução em português em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_6085_2007.htm>. Acesso em: 4 fev.2009.

## 5. Convenção sobre os Direitos da Criança

**Bibliografia:** Dellore, Maria Beatriz Pennachi. Convenção dos Direitos da Criança. In: Almeida, Guilherme A. de; Perrone-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos*: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64-73.

Crianças também têm direitos humanos que não são limitados pelo fato de que o exercício de certos direitos depende do desenvolvimento individual da criança. No entanto, como grupo vulnerável, as crianças necessitam de uma proteção especial. Por isso, a ONU adotou, desde 1959, uma Declaração dos Direitos da Criança. Entretanto, devido a inúmeras violações dos direitos da criança, surgiu a necessidade de elaborar-se um tratado internacional para salvaguardar esses direitos. A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) foi aprovada com grande apoio em 1989 pela Assembleia Geral da ONU e entrou em vigor um ano depois. Hoje pertencem à convenção 193 Estados (não ratificada somente pelos EUA e pela Somália). Ela é a convenção sobre direitos humanos da ONU com a maior abrangência.

A convenção define crianças como pessoas menores de 18 anos, abrangendo crianças e adolescentes. Suas situações de vida devem ser cobertas o tanto quanto possível. É um tratado de direitos humanos que envolve direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e que entra no direito humanitário internacional. Com ele, faz-se jus, por um lado, à vulnerabilidade especial das crianças e, por outro, apoia-se a criança no desenvolvimento de sua identidade e autodeterminação. Enfim, são impostas aos países obrigações positivas para assegurar à criança um padrão de vida digno, o acesso à educação e à saúde. Quatro princípios gerais permeiam a convenção: a proibição da discriminação (art. 2), o direito à vida e ao desenvolvimento ideal (art. 6), o direito à participação (art. 12) e a orientação ao melhor bem-estar da criança (art. 3). Finalmente, deve ser encontrado um equilíbrio na relação triangular Estado–pais–criança, na qual aos pais cabe a responsabilidade principal pela educação e pelo cuidado da criança, ao Estado compete um dever fiduciário.

**Pergunta:** Segundo a convenção, quais direitos têm as crianças?

Apesar de as regras da CDC serem muito detalhadas – alguns autores falam de regramento excessivo (*Überregelung*)[38] –, elas têm pontos fracos. Particularmente, disposições sobre proteção contra a exploração necessitavam de aprofundamento.

[38] Cf., para a gênesis, Dorsch, Gabriele. *Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 70 ss.

Isso foi conseguido com o Protocolo Facultativo referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil. O Protocolo entrou em vigor em 2002 e foi ratificado por 130 países até o início de 2009 (entre eles o Brasil em 2004). Além disso, a proibição do trabalho infantil foi complementada com a Convenção n. 182 da OIT sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil.

Uma das piores formas de abuso infantil são as crianças-soldados. Infelizmente o CDC não contém uma proibição clara contra o recrutamento de crianças. Mais ainda, apesar de o art. 3 obrigar os países a fazer tudo para o melhor bem-estar das crianças, o art. 38 permite o recrutamento de pessoas a partir de 15 anos para as forças armadas e sua participação direta em luta armada. Essa contradição é diretamente chamada a uma revisão nas regras do Protocolo Facultativo relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados. O protocolo estipula que somente pessoas maiores de 18 anos podem ser recrutadas compulsoriamente. Voluntariamente, pessoas a partir de 16 anos podem aderir às forças armadas. A última regra fez-se necessária, pois, em alguns países, não é oferecida nenhuma outra opção de trabalho a jovens que devem contribuir para a renda familiar. O protocolo entrou em vigor em 2002 e foi ratificado por 127 países[39]. O Brasil aderiu ao protocolo em 2004 e declarou que pessoas maiores de 16 anos podem entrar voluntariamente nas forças armadas[40].

> **Leia:** <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=135&chapter=4&lang=en#EndDec>.

> **Pergunta:** Quais os pontos fracos da CDC e como eles foram contornados?

A implementação da CDC é monitorada por um comitê de especialistas. Seus poderes limitam-se à análise dos relatórios estatais. Positivo é que no art. 45 a CDC permite de modo especial a participação de ONGs no processo.

> **Pergunta:** Por que a participação de ONGs nos processos de relatórios dos Estados é tão importante?

## 6. Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias

Esta convenção foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1990 e entrou em vigor em 2003. Seu objetivo é a não discriminação deste grupo vulnerável

---

[39] Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=133&chapter=4&lang=en>.

[40] Decreto n. 5.006, de 8 de março de 2007. Disponível com a tradução em português em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_5006_2004.htm>. Acesso em: 4 fev. 2009.

e respeito por seus direitos humanos. No início de 2009 faziam parte dela 40 países[41]. No entanto, trata-se apenas dos países de origem dos trabalhadores migrantes. Os países ocidentais industrializados, principais países de acolhimento dos trabalhadores, rejeitam a convenção por ela tratar juridicamente de forma equivalente trabalhadores migrantes legais e ilegais. O Brasil não faz parte da convenção. Em 2004, o órgão de monitoramento, o Comitê dos Trabalhadores Migrantes, iniciou seus trabalhos. Ele examina os relatórios estatais e pode, sob determinadas circunstâncias – se dez países aceitarem essa competência –, também receber comunicações individuais.

**Leia:** <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/index.htm>.

**Pergunta:** Por que a convenção tem um baixo efeito?

## 7. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

**Bibliografia:** Keyess, Rosemary; French, Phillip. Out of darkness into light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 1, p. 1-34, 2008.

A Convenção foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2006 com a Resolução A/61/611 e entrou em vigor em 2008. No início de 2009, ratificaram-na 49 países[42], dentre eles o Brasil[43]. O objetivo da Convenção sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, bem como promover o respeito pela sua dignidade. "Pessoas com deficiência" são pessoas com deficiências físicas, psíquicas, mentais ou sensoriais, que, em conjunto com diversas barreiras, podem impedir a participação plena e igualitária com outros na sociedade. No artigo 3 da Convenção são formulados oito princípios fundamentais:

a) o respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual;

b) a não-discriminação;

c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

---

41 Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=138&chapter=4&lang=en>.

42 Ratificação disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=1&chapter=4&lang=en>.

43 Decreto Legislativo n. 186, de 10 de julho de 2009.

d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;

e) a igualdade de oportunidades;

f) a acessibilidade;

g) a igualdade entre o homem e a mulher; e

h) o respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade.

Um comitê de especialistas, que irá reunir-se pela primeira vez em 2009, monitorará a aplicação da convenção. Países que também ratificaram o Protocolo Facultativo (28 até o início de 2009) permitem também o tratamento de comunicações individuais pela comissão.

**Leia:** <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>.

## 8. Convenção Internacional para a Proteção de Pessoas contra o Desaparecimento Forçado

Desde 1980, a ONU trabalha neste tema, pois nesse tempo um grupo de trabalho da Comissão de Direitos Humanos ocupou-se do problema. Em 1992, a Assembleia Geral aprovou uma Declaração para a Proteção de Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (A/RES/47/133). Em 2003, iniciou-se a codificação que terminou com a aprovação da Convenção pela Assembleia Geral em 20/12/2006. A Convenção foi assinada, até fevereiro de 2009, por 81 países, mas não entrou em vigor, porque ainda não se seguiram 20 ratificações[44].

**Leia:** <http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>.

O Brasil assinou a Convenção em 2007. A Argentina já a ratificou em 2007. No acordo, o desaparecimento forçado é caracterizado como crime contra a humanidade, definido da seguinte forma:

> For the purposes of this Convention, "enforced disappearance" is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of

[44] Cf. <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=3&chapter=4&lang=en>.

> liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.

Os Estados-Partes comprometem-se a incluir o delito em seus códigos penais e a tomar as medidas necessárias para a aplicação da lei. Como no art. 7º do Estatuto do TPI o desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade punível, essas obrigações dos Estados são fortalecidas. No entanto, o TPI tem competência somente se o crime for cometido no âmbito de um ataque generalizado ou em grande escala contra a população civil e que tenha como autores não somente Estados, mas também organizações políticas em questão.

Para a América Latina, o crime de desaparecimento forçado tem um papel especial, uma vez que foi diversas vezes praticado nos anos 1970 e 1980, durante o domínio dos militares. Frequentemente os opositores políticos eram levados a locais secretos de detenção e torturados ou mortos. Na Argentina, as vítimas eram muitas vezes simplesmente lançadas ao mar. As famílias eram ameaçadas de que a investigação sobre o destino do desaparecido poderia ter consequências negativas. Nesse contexto, em 1994 foi criada em Belém uma Convenção Interamericana contra o Desaparecimento Forçado, que entrou em vigor em 28/3/1996[45]. Esse instrumento latino-americano impulsionou a codificação universal.

## 9. Panorama

Hoje existe uma codificação global dos direitos humanos em sua totalidade e em relação a determinados grupos. A tarefa da comunidade internacional consiste agora em garantir que todos os Estados ratifiquem as convenções e eventualmente retirem suas reservas. Só então seria alcançado verdadeiramente um padrão universal de direitos humanos. O trabalho dos organismos de monitoramento deve ser apoiado. Particularmente, há que se assegurar que os Estados cumpram suas obrigações e também implementem as recomendações dos organismos de controle. A se desenvolver é a possibilidade de comunicações individuais, pois o indivíduo é colocado em posição de se defender de violações dos direitos humanos. Não obstante, não se pode esquecer que muitos dos comitês de monitoramento apresentam uma

[45] Texto e ratificação disponíveis em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-60.html>.

considerável carga burocrática e há demasiadas interferências nos relatórios dos Estados. Portanto, os esforços para racionalizar o sistema de relatórios de cada tratado de direitos humanos devem ser incentivados.

> **Tarefa:** Leia O´Flaherty, Michael; O'Brien, Claire. Reform of UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies: a critique of the concept paper on the High Commissioner´s Proposal for a unified treaty body. *Human Rights Law Review,* v. 7, n. 1, p. 141-172, 2007; Hampson, Françoise J. An overview of the UN *Human Rights Machinery. Human Rights Law Review,* v. 7, n. 1, p. 7-27, 2007.

Em adição, vem uma fraqueza do sistema de monitoramento como um todo, uma vez que a comunidade internacional pouco cuida da implementação dos requisitos das comissões depois da conclusão da análise do relatório. O sistema conhecido do estado de direito, no qual o legislativo define a norma jurídica e o executivo e o judiciário são responsáveis pela execução, não pode ser transferido para os órgãos do tratado. Ele requer, consequentemente, um maior interesse dos atores não estatais nesse processo público para exercer mais pressão sobre os responsáveis políticos.

## VIII. Proteção dos direitos humanos por órgãos da ONU (*Charter-Based System*)

Além dos sistemas *Treaty Bodies* apresentados, ou seja, a proteção dos direitos humanos por órgãos dos tratados, a própria ONU é obrigada a defender os direitos humanos por força da Carta. Isso acontece por meio de órgãos da ONU.

**Bibliografia:** Lauren, Paul G. To preserve and build on its achievements and to redress its shortcomings: the journey from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council. *Human Rights Quarterly*, v. 29, n. 2, p. 307-345, 2007; Tomuschat, Christian. *Human rights:* between idealism and realism. 2. ed. Oxford: OUP, 2008; Ramcharan, Bertrand G. *The quest for protection*: a human rights journey at the United Nations. Geneva: Human Rights Observatory, 2005.

### 1. Conselho de Direitos Humanos

O Conselho de Direitos Humanos (Human Rights Council) é o sucessor nos anos noventa da desacreditada Comissão de Direitos Humanos (Commission on Human Rights). Como a Comissão, ele tem principalmente duas tarefas: a de promover a codificação dos direitos humanos (*standard setting*) e a de lidar com

violações dos direitos humanos. Com isso, ele é o órgão central para a proteção dos direitos humanos dentro do sistema da ONU.

> **Tarefa:** Leia o *site* do Conselho de Direitos Humanos: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil>.

O Conselho foi instaurado pela Resolução A/60/251 como órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU. Ele constitui-se de 47 membros, nomeados pela Assembleia Geral da ONU, por voto secreto, com maioria absoluta, ou seja, com 97 dos 192 votos, por um período de três anos. Anteriormente, os membros da Comissão eram escolhidos pelo Ecosoc. A chave regional válida ali levou a uma eleição maciça de países violadores dos direitos humanos. Isso desencadeou indisposições acaloradas especialmente nos EUA.

Os EUA pediram que os Estados-Partes fossem eleitos por uma maioria de 2/3, o que, no entanto, não prevaleceu. Porém, o pedido foi posicionado de maneira que os membros do Conselho de Direitos Humanos devam ter um bom histórico com relação a direitos humanos.

> **Pergunta:** Em 2008, o Brasil foi eleito para o Conselho com 175 votos, a Argentina com 172 votos, o Paquistão com 114 votos e a Ucrânia com 125 votos. Lá, reuniu-se com países que já haviam sido eleitos: China, Egito, Azerbaijão, Cuba, Rússia e Bolívia. Você considera que todos esses países têm um bom histórico no que diz respeito a direitos humanos?

Os membros do Conselho encontram-se regularmente para sessões, pelo menos três vezes ao ano. Se necessário, realizam sessões especiais, desde que um membro do Conselho as solicite com o apoio de um terço dos membros do Conselho.

O Conselho de Direitos Humanos é responsável por promover o respeito universal pela proteção aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, sem distinção de espécie alguma e de maneira justa e igualitária. Ele ocupa-se principalmente com violações graves e sistemáticas dos direitos humanos e pode fazer recomendações a esse respeito, bem como promover a coordenação eficaz e a integração sem exceções de questões de direitos humanos em todos os âmbitos do sistema das Nações Unidas. Em adição, o Conselho é responsável pela educação em direitos humanos, bem como pela prestação de serviços de consultoria. Ele atua como fórum para o diálogo sobre questões temáticas de todos os direitos humanos e apresenta à Assembleia Geral da ONU recomendações para o desenvolvimento do direito internacional nessa área.

**Pergunta:** Quais tarefas tem o Conselho de Direitos Humanos? Um órgão político pode cumprir essas tarefas?

É considerado um grande passo que todos os países devam submeter-se a uma revisão periódica (Universal Periodic Review – UPR). Por conseguinte, todos os países devem entregar um relatório de vinte páginas sobre a atuação dos direitos humanos em sua jurisdição a ser produzido juntamente com atores não estatais. Um segundo relatório de dez páginas é apresentado pelo secretariado da ONU, baseado em informações reunidas por relatores especiais. O terceiro relatório vem de ONGs. Todos esses relatórios são então examinados por um grupo de trabalho constituído por todos os 47 Estados-Membros do Conselho de Direitos Humanos em um prazo de três horas. Uma vez que não membros do Conselho podem participar do processo, resta tempo apenas para breves declarações. Essa limitação de tempo não permite aprofundamentos. No entanto, o processo é avaliado como positivo na literatura, porque os examinadores são representantes do governo, expressando as posições de seus governos com suas questões. Os direitos humanos são, assim, ativados como força viva. A possibilidade de se caminhar para um diálogo sobre questões de direitos humanos é vista como um segundo elemento positivo. Principalmente faz-se válido para o terceiro mundo que todos os países devam submeter-se a esse procedimento. Dessa maneira, contraria-se a impressão de que toda a política de direitos humanos seja voltada contra somente um grupo de países.

O Brasil relatou em 11/4/2008[46]. Então, o Conselho de Direitos Humanos adotou a seguinte resolução:

**Human Rights Council**

**Decision 8/109. Outcome of the universal periodic review: Brazil**

*The Human Rights Council,*

*Acting in compliance* with the mandate entrusted to it by the General Assembly in its resolution 60/251 of 15 March 2006 and Council resolution 5/1 of 18 June 2007, and in accordance with the President's statement PRST/8/1 on modalities and practices for the universal periodic review process of 9 April 2008;

[46] Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/PAGES/BRSession1.aspx>.

*Having conducted* the review of Brazil on 11 April in conformity with all the relevant provisions contained in Council resolution 5/1;

*Adopts* the outcome of the universal periodic review on Brazil which is constituted of the report of the Working Group on the review of Brazil (A/HRC/8/27), together with the views of Brazil concerning the recommendations and/or conclusions, as well as its voluntary commitments and its replies presented before the adoption of the outcome by the plenary to questions or issues that were not sufficiently addressed during the interactive dialogue in the Working Group (A/HRC/8/52 chap. VI).

*15th meeting*
*10 June 2008*
[Adopted without a vote]

**Leitura:** Rodondo, Elvira Domínguez. The UPR of the UN Human Rights Council: an assessment of the first session. *Chinese Journal of International Law*, v. 9, p. 721-734, 2008; Abebe, Allehone Mulugenta. Of shaming and bargaining: african states and the universal periodic review of the UN Human Rights Council. ***Human Rights Law Review***, v. 9, n. 1, p. 1-35, 2009.

**Pergunta:** Como funciona a UPR e como ela avalia o procedimento?

Em geral, assume-se que a verificação do cumprimento das obrigações e compromissos assumidos pelos Estados está no campo dos direitos humanos. Essa verificação segue-se na base de um mecanismo cooperativo de diálogo interativo, com plena participação dos países envolvidos. Além disso, o Conselho contribui, por meio de diálogo e cooperação, para a prevenção de violações dos direitos humanos e é obrigado a reagir rapidamente a situações de emergência relativas a direitos humanos.

**Procedimentos especiais:**

O conselho tem poderes, portanto, para aplicar procedimentos especiais a determinados temas relevantes de direitos humanos. A instituição de um relator especial temático é uma possibilidade. Atualmente, existem 30 tópicos:

| Special Procedures assumed by the Human Rights Council | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Thematic mandates 20 November 2008** | | | | | |
| **Title / Mandate** | **Mandate established** | | **Mandate extended** | | **Name & country of origin of the mandate-holder(s)** |
| | **in** | **by** | **in** | **by** | |
| **Special Rapporteur on** adequate housing **as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context** | 2000 | Commission on Human Rights resolution 2000/9 | 2007 | Human Rights Council resolution 6/27 (for 3 years) | **Ms. Raquel ROLNIK** *(Brazil)* |
| **Working Group on people of** African descent | 2002 | Commission on Human Rights resolution 2002/68 | 2008 | Human Rights Council resolution 9/14 | **Mr. Joe FRANS** *(Sweden) Chairperson-Rapporteur* **Ms. Maya SAHLI** (*Algeria*) **Ms. Monorama Biswas** (*Bangladesh*) ***Ms. Mirjana Najcevska*** *(The Former Yugoslav Republic of Macedonia)* **Mr. Ralston Milton NETTLEFORD** *(Jamaica)* |
| **Working Group on** Arbitrary Detention | 1991 | Commission on Human Rights resolution 1991/42 | 2007 | Human Rights Council resolution 6/4 (for 3 years) | **Ms. Manuela Carmena CASTRILLO** (*Spain*) *Chairperson-Rapporteur* **Ms. Shaheen Sardar ALI** (*Pakistan*) **Mr. Malick El Hadji SOW** *(Senegal)* **Mr. Aslan ABASHIDZE** *(Russia)* **Mr. Roberto GARRETON** *(Chile)* |
| **Special Rapporteur on the** sale of children**, child prostitution and child pornography** | 1990 | Commission on Human Rights resolution 1990/68 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/13 (for 3 years) | **Ms. Najat M'jid MAALA** *(Morocco)* |
| **Special Rapporteur on the right to** education | 1998 | Commission on Human Rights resolution 1998/33 | 2008 | Human Rights Council resolution 8/4 (for 3 years) | **Mr. Vernor MUÑOZ VILLALOBOS** (*Costa Rica*) |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Working Group on** Enforced or Involuntary Disappearances | 1980 | Commission on Human Rights resolution 20 (XXXVI) | 2007 | Human Rights Council resolution 7/12 (for 3 years) | **Mr. Santiago CORCUERA CABEZUT** (*Mexico*) *Chairperson-Rapporteur* **Mr. Jeremy SARKIN** *(South Africa)* **Mr. Darko GÖTTLICHER** *(Croatia)* **Mr. Saeed Rajaee KHORASANI** *(Islamic Republic of Iran)* **Mr. Olivier de FROUVILLE** *(France)* |
| **Special Rapporteur on** extrajudicial, summary or arbitrary executions | 1982 | Commission on Human Rights resolution 1982/35 | 2008 | Human Rights Council resolution 8/3 (for 3 years) | **Mr. Philip ALSTON** (*Australia*) |
| **Independent Expert on the question of human rights and** extreme poverty | 1998 | Commission on Human Rights resolution 1998/25 | 2008 | Human Rights Council resolution 8/11 (for 3 years) | **Ms. Maria Magdalena SEPÚLVEDA CARMONA** *(Chile)* |
| **Special Rapporteur on the right to** food | 2000 | Commission on Human Rights resolution 2000/10 | 2007 | Human Rights Council resolution 6/2 (for 3 years) | **Mr. Olivier de SCHUTTER** *(Belgium)* |
| **Independent expert on the effects of** foreign debt **and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of human rights, particularly economic, social and cultural rights** | 2000 | Commission on Human Rights resolution 2000/82 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/4 (for 3 years) | **Mr. Cephas LUMINA** (*Zambia*) |
| **Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to** freedom of opinion and expression | 1993 | Commission on Human Rights resolution 1993/45 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/36 (for 3 years) | **Mr. Frank La Rue LEWY** (*Guatemala*) |
| **Special Rapporteur on** freedom of religion or belief | 1986 | Commission on Human Rights resolution 1986/20 | 2007 | Human Rights Council resolution 6/37 (for 3 years) | **Ms. Asma JAHANGIR** *(Pakistan)* |
| **Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental** health | 2002 | Commission on Human Rights resolution 2002/31 (for 3 years) | 2007 | Human Rights Council resolution 6/29 (for 3 years) | **Mr. Anand GROVER** (*India*) |
| **Special Rapporteur on the situation of** human rights defenders | 2000 | Commission on Human Rights resolution 2000/61 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/8 (for 3 years) | **Ms. Margaret SEKAGGYA** *(Uganda)* |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Special Rapporteur on the** independence of judges and lawyers | 1994 | Commission on Human Rights resolution 1994/41 | 2008 | Human Rights Council resolution 8/6 (for 3 years) | **Mr. Leandro DESPOUY** (*Argentina*) |
| **Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of** indigenous people | 2001 | Commission on Human Rights resolution 2001/57 | 2007 | Human Rights Council resolution 6/12 (for 3 years) | **Mr. James ANAYA** *(United States of America)* |
| **Representative of the Secretary-General on the human rights of** internally displaced persons | 2004 | Commission on Human Rights resolution 2004/55 (for 2 years) | 2007 | Human Rights Council resolution 6/32 (for 3 years) | **Mr. Walter KÄLIN** (*Switzerland*) |
| **Working Group on the use of** mercenaries **as a means of impeding the exercise of the right of peoples to self-determination** | 2005 | Commission on Human Rights resolution 2005/2 (for 3 years) | 2008 | Human Rights Council resolution 7/21 *(for 3 years)* | **Mr. Alexander Ivanovich NIKITIN** *(Russian Federation) Chairperson-Rapporteur* **Mr. José GÓMEZ DEL PRADO** (*Spain*) **Ms. Najat AL-HAJJAJI** (*Libyan Arab Jamahiriya*) **Ms. Amada BENAVIDES DE PÉREZ** (*Colombia*) **Ms. Shaista SHAMEEM** (*Fiji*) |
| **Special Rapporteur on the human rights of** migrants | 1999 | Commission on Human Rights resolution 1999/44 | 2008 | Human Rights Council resolution 8/10 (for 3 years) | **Mr. Jorge A. BUSTAMANTE** (*Mexico*) |
| **Independent Expert on** minority issues | 2005 | Commission on Human Rights resolution 2005/79 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/6 *(for 3 years)* | **Ms. Gay MCDOUGALL** (*United States of America*) |
| **Special Rapporteur on contemporary forms of** racism**, racial discrimination, xenophobia and related intolerance** | 1993 | Commission on Human Rights resolution 1993/20 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/34 (for 3 years) | **Mr. Githu MUIGAI** (*Kenya*) |
| **Special Rapporteur on contemporary forms of** slavery**, including its causes and consequences** | 2007 | Human Rights Council resolution 6/14 | | | **Ms. Gulnara SHAHINIAN** *(Armenia)* |
| **Independent Expert on human rights and international** solidarity | 2005 | Commission on Human Rights resolution 2005/55 (for 3 years) | 2008 | Human Rights Council resolution 7/5 (for 3 years) | **Mr. Rudi Muhammad RIZKI** *(Indonesia)* |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights while countering** terrorism | 2005 | Commission on Human Rights resolution 2005/80 (for 3 years) | 2007 | Human Rights Council resolution 6/28 (for 3 years) | **Mr. Martin SCHEININ** (*Finland*) |
| **Special Rapporteur on** torture **and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment** | 1985 | Commission on Human Rights resolution 1985/33 | 2008 | Human Rights Council resolution 8/8 (for 3 years) | **Mr. Manfred NOWAK** (*Austria*) |
| **Special Rapporteur on the adverse effects of the movement and dumping of** toxic and dangerous products and wastes **on the enjoyment of human rights** | 1995 | Commission on Human Rights resolution 1995/81 | 2008 | Human Rights Council resolution 9/1 | **Mr. Okechukwu IBEANU** *(Nigeria)* |
| **Special Rapporteur on** trafficking in persons**, especially in women and children** | 2004 | Commission on Human Rights resolution 2004/110 (for 3 years) | 2008 | Human Rights Council resolution 8/12 (for 3 years) | **Ms. Joy Ngozi EZEILO** (*Nigeria*) |
| **Special Representative of the SG on human rights and** transnational corporations and other business enterprises | 2005 | Commission on Human Rights resolution 2005/69 (for 2 years) | 2008 | Human Rights Council resolution 8/7 (for 3 years) | **Mr. John RUGGIE** (*United States of America*) |
| **Independent Expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking** water **and sanitation** | 2008 | Human Rights Council resolution 7/22 | | | **Ms. Catarina de ALBUQUERQUE** *(Portugal)* |
| **Special Rapporteur on violence against** women**, its causes and consequences** | 1994 | Commission on Human Rights resolution 1994/45 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/24 (for 3 years) | **Ms. Yakin ERTÜRK** (*Turkey*) |

Um segundo instrumento com o qual o Conselho de Direitos Humanos pode reagir a violações maciças e generalizadas dos direitos humanos é a instituição de Relatores Especiais de cada país. Sua tarefa é compilar e controlar todas a informações relevantes sobre os países. Eles devem procurar entrar em contato com os governos envolvidos e questionar a situação. Atualmente existem oito relatores:

| Title / Mandate | Mandate established | | Mandate extended | | Name & country of origin of the mandate-holder |
|---|---|---|---|---|---|
| | in | by | in | by | |
| **Independent Expert on the situation of human rights in Burundi** | 2004 | Commission on Human Rights resolution 2004/82 **(duration of mandate not specified)** | 2007 | Human Rights Council resolution 9/19 | **Mr. Akich OKOLA (Kenya)** |
| **Special Representative of the Secretary-General for human rights in Cambodia** | 1993 | Commission on Human Rights resolution 1993/6 | 2008 | **Human Rights Council resolution 9/15 (for 1 year)** | **Mr. Yash GHAI (Kenya)** |
| **Special Rapporteur on the situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea** | 2004 | Commission on Human Rights resolution 2004/13 **(duration of mandate not specified)** | 2008 | Human Rights Council resolution 7/15 **(for 1 year)** | **Mr. Vitit MUNTARBHORN (Thailand)** |
| **Independent Expert on the situation of human rights in Haiti** | 1995 | Commission on Human Rights resolution 1995/70 **(duration of mandate not specified)** | 2007 | Human Rights Council PRST/9/1 | **Mr. Michel FORST (France)** |
| **Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar** | 1992 | Commission on Human Rights resolution 1992/58 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/32 **(for 1 year)** | **Mr. Tomas Ojea QUINTANA (Argentina)** |
| **Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967** | 1993 | Commission on Human Rights resolution 1993/2 A **("until the end of the Israeli occupation")** | | | **Mr. Richard FALK (United States of America)** |
| **Independent Expert on the situation of human rights in Somalia** | 1993 | Commission on Human Rights resolution 1993/86 | 2008 | Human Rights Council resolution 7/35 (for 1 year) | **Mr. Shamsul BARI (Bangladesh)** |
| **Special Rapporteur on the situation on human rights in the Sudan** | 2005 | Commission on Human Rights resolution 2005/82 **(for 1 year)** | 2007 | Human Rights Council resolution 9/17 **(for 1 year)** | **Ms. Sima SAMAR (Afghanistan)** |

## 2. Comitê Consultivo e outras comissões

Um outro órgão para a proteção dos direitos humanos dentro das Nações Unidas é o Comitê Consultivo (Advisory Committee) do Conselho de Direitos Humanos que substitui a antiga Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos (Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights), que presta assistência ao Conselho de Direitos Humanos. Além dessa, o sistema das Nações Unidas conta com uma Comissão para o *Status* da Mulher (Commission on the Status of Women). Essa comissão foi fundada por uma resolução do Conselho

Econômico e Social, denominada Comissão Funcional (Functional Commission), com 45 membros, e ocupa-se exclusivamente da igualdade entre os sexos e do desenvolvimento das mulheres no mundo. Outras comissões temáticas e agremiações que trabalham sob o patronado do Ecosoc para a defesa dos direitos humanos são as Comissões para a Prevenção do Crime e Justiça Penal (Crime Prevention and Criminal Justice) e o Fórum Permanente para Assuntos Indígenas (Permanent Forum on Indigenous Issues).

O Alto-Comissariado da ONU para Direitos Humanos (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights) constitui um componente do Secretariado das Nações Unidas e tem a tarefa de promover e proteger os direitos humanos universais no mundo. Para cumprir sua missão, realiza suas próprias pesquisas, organiza seminários, *workshops* e consultorias sobre questões atuais e centrais dos direitos humanos e coordena o programa das Nações Unidas para educação e trabalhos de publicação em assuntos de direitos humanos. O Comissariado trabalha com pronunciamentos e apelos à publicidade, engaja-se na intermediação dos direitos humanos ao redor do mundo e procura o diálogo com os governos. Além isso, ele serve como secretariado do Conselho de Direitos Humanos. O Alto-Comissariado atribui grande valor à cooperação e participação de organizações não governamentais e de grupos da sociedade civil e apoia a criação de instituições nacionais de direitos humanos. A atual Alta-Comissária para os direitos humanos é a sul-africana Navenethim Pillay.

**Leia:** Site da UNHCHR: <http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/PagesWho WeAre.aspx>.

**Pergunta:** Que mandato tem a UNHCHR?

## 3. Assembleia Geral da ONU

**Bibliografia:** Sicilianos, Linos-Alexandre. *The prevention of human rights violations*, The Hague: Brill, 2001; Bertrand, G. Ramcharan (Ed.). *The principle of legality in international human rights institutions*. The Hague; Kluwer Law International, 1997.

A Assembleia Geral tem, de acordo com o art. 10 da Carta da ONU, uma responsabilidade geral por todas as questões no âmbito de seu estatuto. A única exceção é o art. 12, que dá prioridade ao Conselho de Segurança. Por conseguinte, os direitos humanos entram no âmbito de sua competência. De fato, a Assembleia Geral dedica-se extensivamente a esse campo. Assim, a assembleia geral aprovou

todos os tratados de direitos humanos elaborados pela ONU e os recomendou aos Estados-Partes para ratificação.

Também de grande importância política são as conferências mundiais e as sessões especiais. Um exemplo particular é a cúpula do milênio de setembro de 2000, na qual foram discutidos os objetivos mais importantes do desenvolvimento humano no início do terceiro milênio. O resultado são os Millenium Development Goals, no centro do qual estão direitos humanos fundamentais (educação, saúde, superação da pobreza). Segundo ele, em 2015, todos os Estados-Membros devem ter alcançado os seguintes objetivos:

- Redução pela metade do número de pessoas vivendo em pobreza absoluta
- Garantia de educação básica para todas as crianças
- Eliminação da discriminação contra mulheres na educação escolar
- Redução da mortalidade infantil em 2/3
- Redução da mortalidade materna em 3/4
- Fim da propagação da malária e da AIDS
- Desenvolvimento sustentável
- Proteção dos recursos naturais
- Redução pela metade de pessoas sem acesso a água potável
- Melhoria das condições de vida de 100 milhões de favelados até 2020
- Parceria para o desenvolvimento
- Sistemas financeiro e de comércio abertos
- Boa governança
- Luta contra a pobreza
- Ajuda financeira aos países mais pobres e àqueles sem acesso ao mar
- Supressão da dívida
- Programas de ocupação para jovens
- Acesso a medicamentos e comunicação

**Tarefa:** Leia a Millenium Declaration: <http://www.un.org/millenniumgoals>.

**Pergunta:** Esses objetivos são alcançáveis?

A Assembleia Geral também condena as violações dos direitos humanos. Assim, ela se voltou, por exemplo, à situação dos direitos humanos na Coreia do Norte em 18/12/2007 com a Resolução n. 62/167. Foi salientado que a Coreia do Norte é obrigada a observar os direitos humanos, em razão de sua vinculação à ONU e aos Pactos dos Direitos Humanos da ONU. A Assembleia Geral mostra sua preocupação devido a

violações sistemáticas e generalizadas dos direitos humanos e condena especialmente a tortura e as execuções públicas, detenções arbitrárias e condições desumanas de detenção, assim como as restrições severas das liberdades civis. Foi requisitado à Coreia do Norte que cessasse imediatamente essas violações. Essa resolução foi aceita com 101 votos em favor, 22 abstenções e 59 votos contra. O Brasil, assim como os países ocidentais, votou a favor da resolução, enquanto, por exemplo, Argentina, China, Irã, Cuba, Rússia, Síria, Zimbábue e Sudão votaram contra.

> **Tarefa:** Leia a resolução na íntegra disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/473/79/PDF/N0747379.pdf?OpenElement>.

Juridicamente, a resolução é facultativa. Ela é um documento político de grande compromisso moral, reflete a opinião de pelo menos 2/3 da comunidade internacional. Naturalmente ela não pode ser imposta por meios coercitivos.

## 4. Conselho de Segurança

**Bibliografia:** Tomasevski, Katarina. *Responding to human rights violations 1946-1999*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2000; Rytter, J. E. Humanitarian intervention without the security council. *Nordic Journal of International Law*, v. 70, n. 1-2, p. 121-160, 2001.

Segundo o art. 24, o Conselho de Segurança tem a responsabilidade principal pela paz mundial e deve agir rapidamente em caso de ameaça a essa paz. Violações em massa e graves dos direitos humanos podem constituir ameaça à paz. Após o fim do conflito leste-oeste, o Conselho de Segurança classificou, no artigo 39, diversas violações dos direitos humanos em um país como ameaça à paz regional e agiu para vencer esses perigos. Pode-se ver como um êxito histórico que, em 1992, o conselho considerou a fome na Somália como ameaça à paz e decidiu utilizar-se de forças militares para levar assistência humanitária para as pessoas necessitadas, depois da imposição (sem sucesso) de medidas de coerção não militares, segundo o art. 41 da Carta da ONU com a Resolução n. 794 (1992). Pela primeira vez, as violações dos direitos humanos foram respondidas dentro de um país pela comunidade internacional com uma intervenção coletiva. Isso significa que há um meio no Direito Internacional Público para agir militarmente contra violações dos direitos humanos. O que muitas vezes falta é a vontade política. Esses meios foram muitas vezes bloqueados por interesses particulares de grandes potências que têm poder de veto no Conselho de Segurança. Assim, o conselho estabeleceu, em 23/9/1998, que a "situação no Kosovo apresenta uma ameaça à paz e à segurança na região", mas não pôde ainda tomar medidas avançadas para ultrapassar essa situação. Dessa maneira,

o Conselho de Segurança deixou de cumprir sua obrigação de salvaguardar a paz no mundo. Consequentemente, os países aliados à Otan decidiram, em 1999, por uma intervenção humanitária sem autorização do Conselho de Segurança; eles foram contrários à proibição da violência pelo direito internacional e procuraram justificá-la com a situação de emergência humanitária em Kosovo. Esse foi o ponto de partida para uma discussão ainda em curso entre políticos e juristas sobre o instituto internacional de intervenção humanitária.

> **Pergunta:** O Conselho de Segurança pode determinar o uso de força militar para proteger os direitos humanos em um país?

## 5. Discussões sobre intervenção humanitária

**Bibliografia:** Abiew, Francis Kofi. *The evolution of the doctrine and practice of humanitarian intervention*. The Hague: Kluwer Law International, 2000; Welsh, Jennifer M. (Ed.). *Humanitarian intervention and international relations.* Oxford: OUP, 2004; Robert, Adams. The so-called "right" of humanitarian intervention. *Yearbook of International Humanitarian Law*, v. 3, p. 3-51, 2000.

Em 24/3/1999, a Otan iniciou ataques aéreos contra alvos estratégicos na Sérvia para pôr fim às violações maciças dos direitos humanos no Kosovo. No Kosovo, chegou-se a uma discriminação maciça contra a população albanesa, o que foi classificado como crime contra a humanidade, atribuído à administração sérvia. Após o início dos bombardeios, houve "limpezas" étnicas maciças não esperadas. Mais de 90% da população não sérvia foi expulsa. Somente depois de 78 dias os bombardeios da Otan cessaram, com a aceitação da Resolução 1244 (1999), na qual o Kosovo foi posto sob a administração da ONU.

Na discussão seguinte, foi alegado *a favor* da abordagem da Otan que

- a intervenção foi justificada por razões morais, para prevenir genocídios e crimes contra a humanidade;
- a intervenção foi necessária, pois não havia alternativa realista;
- a intervenção foi justificada, porque foi estabelecida uma ameaça à paz pelo Conselho;
- o direito consuetudinário permitiu uma intervenção em caso de emergência humanitária.

*Contra* a intervenção foi alegado que

- o Conselho de Segurança teria um monopólio da violência;
- a Assembleia Geral não foi invocada;

- tal ação não estaria prevista no tratado da Otan (que conhece somente a autodefesa como motivo de ação).

A questão em aberto sobre a admissibilidade de uma intervenção levou a uma intensa discussão sobre o tema. No centro estava a pergunta se um país que não protege sua população contra violações graves dos direitos humanos deve aceitar que a comunidade internacional assuma essa responsabilidade. A ideia de *responsibility to protect* foi elaborada pela primeira vez em um conceito abrangente em 2001, por uma comissão internacional independente sobre intervenção e soberania do Estado. Ela foi acolhida pelo Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, em suas propostas de reforma para a ONU, e apresentada à cúpula mundial: "In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All" (UN-Doc. A/59/2005 de 21. 3. 2005), e sedimentou-se afinal na resolução final da World Summit Outcome 2005.

**Tarefa:** Leia McClean, Emma. The responsibility to protect: the role of International Human Rights Law. *Journal of Conflict & Security Law,* v. 13, n. 1, p. 123-152, 2008; Focarelli, Carlo. The responsibility to protect doctrine and humanitarian intervention: too many ambiguities for a working doctrine. *Journal of Conflict & Security Law*, v. 13, n. 1, p. 191-213, 2008.

Renunciando ao pensamento tradicional de soberania, a concepção coloca a situação da população vítima de violações dos direitos humanos em primeiro plano e solicita a remoção da proteção das pessoas para a comunidade internacional. Deve-se ter cinco critérios básicos:

- Gravidade da ameaça às pessoas
- Integridade dos motivos da comunidade internacional
- Utilização de força militar como último recurso
- Proporcionalidade dos recursos
- Adequação das consequências

Ainda se discute se a *responsibility to protect* tem a qualidade do direito consuetudinário. A séria discussão sobre o tema tem a consequência de que a consciência da política e da sociedade civil sobre a obrigação do Estado de proteger seus cidadãos cresceu enormemente. Fica claro que violações dos direitos humanos não são mais um assunto interno dos Estados.

**Pergunta:** Você considera a *responsibility* to protect um conceito consistente do direito internacional ou um instrumento político das principais nações ocidentais contra governos indesejados?

## § 2 Proteção regional dos direitos humanos

**Sumário:**


I. Sistema Interamericano de Direitos Humanos
1. A Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos
2. Órgãos da CADH
a. Comissão Interamericana de Direitos Humanos
b. Corte Interamericana de Direitos Humanos
II. Sistema Europeu de Direitos Humanos
1. Convenção Europeia de Direitos Humanos
2. Corte Europeia de Direitos Humanos
III. Sistema Africano de Direitos Humanos
1.Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos
2.Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos
IV. Panorama


**Bibliografia:** Godinho, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos.* São Paulo: Del Rey, 2006, p. 46-152; Wittinger, Michaela. Die drei regionalen Menschenrechtssysteme: Ein vergleichender Überblick über die EMRK, die Amerikanische Menschenrechtskonvention und die Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker. *JURA*, v. 29, p. 405-411, 1999; Engel, Norbert P. Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Facetten und Wirkungen des institutionellen Rahmens. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* v. 30, n. 4-6, p. 123 ss, 2003.

> **Tarefa:** Leia o relatório anual 2007 *Freedom in the World* sobre a realidade dos direitos humanos no mundo, disponível em: <http://www.freedomhouse.org/uploads/fiw08launch/FIW08Overview.pdf>.

O nível universal pressupõe a obrigação geral de proteção e promoção dos direitos humanos porque todos os Estados-Membros da ONU estão vinculados pela Carta da ONU. Outro vínculo resulta também do direito universal consuetudinário. Ao mesmo tempo, a maioria dos Estados também faz parte de tratados universais de direitos humanos. Essa situação de obrigação universal não exclui que os países concordem com o direito internacional regional. Isso pode ir além do padrão universal e oferece a vantagem de que os valores e particularidades regionais possam ser incluídos nos tratados.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) introduziu o primeiro sistema regional para a proteção dos direitos humanos. Ao sistema europeu seguiram-

se os sistemas interamericano e o africano. Todos os três instrumentos complementam os esforços das Nações Unidas para salvaguardar os direitos humanos por meio de mecanismos regionais adequados de proteção. A esses sistemas regionais é imanente – afora a garantia dos direitos humanos estipulados nas convenções internacionais – a extensão da proteção dos direitos humanos mediante uma consideração especial da tradição política, histórica, cultural e jurídica.

A atratividade de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos fica clara também por ter sido revista em 2005 a Carta – não vinculante – Árabe de Direitos Humanos. Mesmo sendo duvidoso que com isso algum avanço tenha sido feito, o desenvolvimento mostra que os direitos humanos e sua proteção são temas mundiais[47].

## I. Sistema Interamericano de Direitos Humanos

**Bibliografia:** Trindade, Antonio Augusto Cançado. The Inter-American Court of Human Rights at the Crossroads: Current Challenges and its Emerging Case-Law on the Eve of the New Century. In: Mahoney, P. et al. (Ed.). *Protecting human rights: The European* perspective: studies in memory of R. Ryssdal. Köln: Karl Heymann, 2000; Godinho, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Del Rey, 2006, p. 89-126; Harris, David J.; Stephen, Livingstone (Ed.). *The inter-american system of human rights.* Oxford: Clarendon Press, 1998; Neumann, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 19, p. 101-123, 2008.

A Organização dos Estados Americanos (OEA), fundada em 1948, organização regional, segundo o capítulo VII da Carta da ONU, da qual 35 países fazem parte, criou seu próprio sistema de direitos humanos. Esse sistema consiste de duas bases legais principais: a Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

### 1. A Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos

O objetivo da OEA é fortalecer a paz e a segurança do continente americano, promover e consolidar a democracia representativa, com todo o respeito pelo princípio da não intervenção, prevenir possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica de eventuais confrontos entre os Estados-Membros. Em adição, a organização estabelece como meta a viabilização de uma ação conjunta por

[47] Cf. Rismawi, M. The revised arab charter on human rights: a step toward? *Human Rights Law Journal*, p. 361-376, 2005.

parte dos Estados envolvidos em casos de agressão, a busca por soluções para eventuais problemas políticos, legais ou econômicos entre os países, a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural das nações por meio de uma ação conjunta, bem como a eliminação da pobreza absoluta como um obstáculo para o desenvolvimento democrático pleno dos povos do hemisfério.

A Carta da OEA contém, em seu texto original de 1948, poucas e imprecisas disposições formuladas para a proteção dos direitos humanos. Ela anunciou, como princípio da organização, os direitos fundamentais dos indivíduos, independentemente de raça, nacionalidade, crença ou sexo, sem, no entanto, definir o que se entende por "direitos fundamentais dos indivíduos". Esses direitos tiveram precisão na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A Declaração foi aceita pela OEA em 1948, no entanto, apenas como uma forma não obrigatória de decisão de conferência e não figura em qualquer parte da Carta. Em 1960, a OEA estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, primeiramente como "unidade autônoma", para fins de promoção dos direitos humanos proclamados na declaração dos direitos e deveres do homem.

Dez anos depois, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tornou-se organismo da OEA. Essa mudança de *status* reforçou seu estatuto e sua competência jurídica, bem como a importância da declaração dos direitos e deveres do homem. No desempenho de suas funções, a Comissão de Direitos Humanos recebeu petições individuais, completou estudos sobre a situação nos Estados e conduziu investigações independentes no local. Até a Convenção Americana de Direitos Humanos entrar em vigor, em 1978, a Carta da OEA, juntamente à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, representou a única base legal para a defesa dos direitos humanos no continente americano.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) foi aprovada em 1969 e entrou em vigor em 1978[48]. O Brasil faz parte dela desde 1992[49].

Ela é fortemente modelada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, principalmente em termos institucionais. Com seus 82 artigos, é a convenção para a proteção de direitos humanos mais abrangente e garante, entre outros, o direito à vida, à integridade social, à liberdade da pessoa, ao processo judicial justo, à privacidade, a um nome, à nacionalidade, à participação em tomada de decisão estatal, à igualdade e à proteção legal. Em adição, aboliu a escravidão e garantiu a liberdade de consciência, de religião, de pensamentos e de expressão, bem como a liberdade de associação, de

[48] Disponível em: <http://www.cidh.org/comissao.htm>.

[49] Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível com a tradução em português em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em: 4 fev. 2009.

circulação e livre escolha de residência. Finalmente, codificou a não retroatividade de leis penais e sanções. Os Estados-Partes da CADH são obrigados a seguir esses direitos e a garantir seu exercício livre e pleno. A convenção não aplica somente as obrigações negativas de não violar os direitos individuais aos países, mas os obriga, além disso, a tomar medidas positivas para garantir o pleno exercício de suas garantias.

## 2. Órgãos da CADH

**Bibliografia:** Van der Wilt, Harmen; Krstiicevic, Viviana. The OAS System for the Protection of Human Rights. In: Hanski, R; Suksi, M. (Ed.). *An introduction to the international protection of human rights*. Turku: Abo Akademi University, 2004, p. 371 ss.

A CADH prevê e consagra dois órgãos para a proteção dos direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### *a. Comissão Interamericana de Direitos Humanos*

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos permanece um órgão da OEA, entretanto atua também como órgão da CADH. É composta por sete peritos votados pela Assembleia Geral da OEA. Eles são escolhidos por suas qualidades individuais e não como representantes de seus governos. Sua tarefa principal é promover o respeito e a defesa dos direitos humanos no continente americano. Para realizar essa tarefa, a CADH dispõe de uma variedade de instrumentos. A Comissão pode, por exemplo, apresentar aos governos dos Estados-Membros recomendações de medidas progressivas em prol dos direitos humanos nos termos da constituição e de leis e de medidas adequadas para a promoção do respeito desses direitos. Ela está habilitada a conduzir investigações *in loco* em um Estado-Membro, preparar relatórios dos Estados e enviar missões de "observadores". Além disso, está habilitada a lidar com petições individuais, que podem ser levantadas por grupos de pessoas ou por pessoas que não forem vítimas de violação da convenção. Finalmente, ela é destinatária de queixas facultativas dos Estados, desde que ambos os Estados tenham entregue uma declaração, adicionalmente à ratificação, com a qual reconheçam a competência da Comissão para procedimentos intergovernamentais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode considerar uma petição somente após o esgotamento dos recursos internos, em conformidade com os princípios universais reconhecidos do Direito Internacional Público e dentro de um

período de seis meses depois de a decisão nacional ter sido tomada. Excepcionalmente, esses requisitos podem não ser aplicados se a lei interna do país envolvido não permitir um processo jurídico para a proteção do direito ou dos direitos que se afirma violados, se for negado o acesso a recursos legais internos à parte que alega uma violação do seu direito, ou se for impedido que a parte esgote os recursos ou se a decisão final sobre tal recurso for adiada de forma não legal.

Se a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aceita um recurso como válido, examina o mérito[50]. Para esse fim, ela busca informações do governo em questão, investiga fatos e realiza audiências, das quais tanto o governo quanto o autor do recurso podem participar. Durante o estudo, a Comissão esforça-se para que as partes cheguem a uma solução amigável. Se tiver êxito, a Comissão elabora um relatório e o encaminha ao Secretário-Geral da OEA. Caso uma solução amigável não possa ser alcançada, da mesma maneira a comissão elabora um relatório com conclusões de como a disputa se apresenta em sua investigação. Esse relatório é apresentado às partes envolvidas com a possibilidade facultativa de comentá-lo dentro de três meses. Durante esse prazo, a disputa pode ser solucionada ou ser apresentada ao tribunal interamericano de direitos humanos pela comissão ou por uma das partes.

### *b. Corte Interamericana de Direitos Humanos*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) é composta por sete juízes, eleitos por seis anos, por escrutínio secreto na Assembleia Geral da OEA pelos Estados-Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos (ConvADH). Uma reeleição é possível. O direito a proposta e a voto na eleição dos juízes não está disponível para todos os Estados-Membros da OEA, mas limitado aos Estados-Partes da Convenção. Entretanto, um Estado-Parte pode sugerir um candidato que seja cidadão de um país da OEA que não tenha ratificado a convenção.

A Corte exerce competência decisiva sobre o Estado-Parte, desde que este não somente tenha ratificado o TIADH, mas também tenha entregue uma declaração de que obrigatoriamente reconhece a jurisdição da corte em todas as interpretações ou aplicações da convenção relacionadas ao assunto como *ipso facto*, sem a necessidade de acordos especiais (ConvADH, art. 62, I). Tal declaração pode ser feita necessariamente sob condições de reciprocidade, por um determinado período ou para determinados casos (ConvADH, art. 62, II). Em adição, o tribunal tem poder para julgar interpretações da ConvADH ou de outras que digam respeito à proteção dos direitos humanos nos acordos dos países americanos envolvidos.

---

[50] Vide também, para detalhes, a parte 2, §§ 11 e 12, deste *Manual*.

**Tarefa:** Avalie a jurisprudência do sistema interamericano utilizando-se de dois exemplos: Butler, Israel de Jesus. The US and Brazil before the Inter-American Commission on Human Rights: recent cases. *Human Rights Law Review,* v. 4, n. 2, p. 295-330, 2004; Butler, Israel de Jesus. The rights of the child in the case law of the Inter-American Court of Human Rights: recent cases. *Human Rights Law Review,* v. 5, n. 1, p. 151-167, 2005.

Podem ser partes a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-Partes da CADH. A Comissão compromete-se, em seu estatuto, a submeter conflitos à Corte. Não podem ser apresentados casos à Corte particularmente.

A Corte pode ordenar a decisão de que à vítima está garantindo o gozo imperturbável do seu direito violado, ou que as consequências ou medidas da situação que contém a violação do direito sejam eliminadas, e que seja paga uma compensação adequada (CADH, art. 63, I). Suas decisões são finais, ou seja, incontestáveis. Os Estados-Partes comprometem-se a seguir a sentença da Corte em todos os casos em que forem parte (CADH, art. 68, I). A CADH não prevê, no entanto, qualquer forma de execução da sentença. Em um caso no qual o país não cumpriu sua sentença, a Corte pode, na melhor das hipóteses, apresentar o caso em uma audiência da Assembleia Geral da OEA e emitir recomendações adequadas. A Assembleia Geral pode, então, discutir o assunto e adotar medidas políticas contra um Estado-Parte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrenta enormes dificuldades quanto ao processo de violações em massa dos direitos humanos na época do militarismo em muitos países latino-americanos. O mesmo acontece quanto à avaliação dos direitos humanos na guerra internacional contra o terrorismo.

**Tarefa:** Leia Martin, Claudia. Catching up with the past: recent decisions of the Inter-American Court of Human Rights and gross human rights violations perpretated during 1970-1980s. *Human Rights Law Review,* v. 7, n. 4, p. 774-792, 2007; Tittemore, Brian D. Guantano Bay and the precautionary measures of the IACommHR. *Human Rights Law Review*, v. 6, n. 2, p. 378-402, 2006.

**Pergunta:** A Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode recuperar o passado satisfatoriamente?

## II. Sistema Europeu de Direitos Humanos

**Bibliografia:** Godinho, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos.* São Paulo: Del Rey, 2006, p. 46-88; Meyer-Ladewig, Jens. *Europäische*

*Menschenrechtskonvention*: Handkommentar. 2. ed. Baden-Baden: Nomos, 2006; Mowbray, Alastair. European Convention on Human Rights: institutional developments and recent cases. *Human Rights Law Review,* v. 1, n. 2, p. 333-354, 2001.

Como as Nações Unidas em nível internacional, o Conselho da Europa tem, em nível regional, um abrangente instrumentário de direitos humanos constituído atualmente por 47 Estados-Partes. Em 1949, o Conselho da Europa, pelo seu estatuto, incumbiu-se da tarefa de estabelecer uma ligação mais forte entre seus membros para a proteção e promoção dos ideais e princípios que são seu patrimônio comum e promover seu avanço econômico e social. Essa tarefa deveria suceder-se, entre outros, por meio da proteção e do desenvolvimento dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Cada membro do Conselho da Europa reconhece o princípio da supremacia do direito e o princípio de que qualquer um dentro de sua jurisdição deve ser participante dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

## 1. Convenção Europeia de Direitos Humanos

Já em 1950, o Conselho da Europa acolheu a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), que entrou em vigor em 1953, após sua ratificação por dez países[51]. Analogamente à Declaração Universal dos Direitos Humanos, a CEDH inclui, nos artigos 2º a 14, um catálogo dos direitos libertários mais importantes: direito à vida, proibição da tortura, proibição da escravatura e do trabalho forçado, direito à liberdade e segurança, direito a um julgamento justo, nenhuma pena sem lei, direito ao respeito pela vida privada e familiar, liberdade de pensamentos, de consciência e de religião, liberdade de expressão, reunião e associação, direito ao casamento, direito a um recurso eficaz e proibição da discriminação. A CEDH foi complementada por quatorze protocolos adicionais[52] que incluem, em parte, algumas outras normas jurídicas, como, por exemplo, a proteção da propriedade, o direito à educação e o direito a eleições livres, e incluem, em parte, regras processuais. Os Estados-Partes são obrigados a garantir esses direitos a todas as pessoas dentro de sua jurisdição.

Além do estabelecimento de direitos e liberdades, a CEDH constituiu o mais avançado sistema hoje existente para proteção dos direitos humanos de

[51] Os primeiros Estados-Partes foram Dinamarca, Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Reino Unido e Sarre, que à época era membro associado do conselho europeu.

[52] O Protocolo n. 14 da Convenção, de 13 de maio de 2004, para a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais sobre a mudança do sistema de controle da convenção, até o momento ainda não entrou em vigor.

acompanhamento do cumprimento das obrigações dos Estados-Partes. Até 1998, constituía-se da Comissão de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, que juntamente com o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, acompanhavam o cumprimento dos direitos garantidos na CEDH. Para preservar e melhorar a eficiência da proteção dos direitos humanos, especialmente considerando o aumento dos recursos e o crescente número de membros do Conselho da Europa, o mecanismo de controle foi transformado pelo Décimo Primeiro Protocolo Adicional. Posteriormente, em 1998, a Comissão e a antiga Corte foram substituídas por juízes designados à Corte em tempo integral.

## 2. Corte Europeia de Direitos Humanos

O cumprimento das obrigações dos Estados-Partes na CEDH é previsto no âmbito de uma queixa individual ou estatal. Pela primeira vez no mundo, a CEDH criou a possibilidade de que indivíduos que se sintam lesados em seus direitos da Convenção por autoridades possam trazer um recurso a uma agremiação internacional – a Corte Europeia de Direitos Humanos –, e as decisões da Corte para os países são juridicamente vinculativas. Além de recursos individuais, existe também a possibilidade de queixas estatais, ou seja, de recursos de um Estado-Parte contra outro. Os acórdãos finais da Corte são transmitidos ao Comitê de Ministros para o acompanhamento de sua aplicação. A Corte pode, além disso, sob solicitação do parecer do Comitê de Ministros, levantar questões jurídicas a respeito da interpretação da CEDH e de seus protocolos adicionais.

O número de juízes da Corte Europeia de Direitos Humanos corresponde aos Estados assinantes do tratado, atualmente 47. Os juízes são eleitos por seis anos. Sua reeleição é permitida. O mandato dos juízes encerra-se aos 70 anos completos. Os juízes permanecem em sua função até que seu sucessor assuma o cargo. No entanto, permanecem ativos nos casos em que estão envolvidos (CEDH, art. 23). Para submeter a questão pendente, a Corte reúne-se em comitês com três juízes, em câmara com sete juízes e em uma grande câmara com dezessete juízes. As câmaras da Corte criam as comissões por um período determinado (CEDH, art. 27). Em casos excepcionais, dentro de três meses após a data do acórdão de uma câmara, cada parte pode requerer o envio da questão à grande câmara. Uma comissão de cinco juízes da grande câmara aceita o pedido se o caso levantar uma grave questão quanto à interpretação ou aplicação dessa Convenção ou do Protocolo.

Se a comissão aceita o pedido, a grande câmara decide o caso por meio de acórdão (CEDH, art. 43). Essa decisão é final (CEDH, art. 44), ou seja, não mais anulável.

Os Estados-Partes comprometem-se, em todos os casos em que são partes, a seguir a decisão final do tribunal. O acompanhamento do cumprimento é responsabilidade do Comitê de Ministros do Conselho da Europa. Entretanto, essa não pode ser na prática uma execução forçada. Para uma execução forçada, falta o pressuposto da força estatal. Em casos de não cumprimento da decisão, o comitê ministerial pode, na melhor das hipóteses, exercer pressão política, assim como a Assembleia Parlamentar. Como outra medida, existe a possibilidade de o Estado-réu ter seu direito de representação no Conselho da Europa provisoriamente retirado. Se o Estado-Parte ainda assim não seguir a decisão, pode ser finalmente retirado do Conselho da Europa.

Dado o crescimento constante de recursos (individuais) – somente em 2007 foram mais de 41.000 recursos – e da garantia da eficácia em longo prazo do sistema de controle para a proteção dos direitos humanos, faz-se urgente uma adaptação do sistema de controle. O Protocolo Adicional à CEDH n. 14 prevê mudanças do recurso individual e procura, com isso, oferecer à Corte os meios e as ferramentas necessárias para uma rejeição rápida e eficiente de recursos inadmissíveis. No futuro, a Corte deve não mais se reunir em comissões e câmaras, mas um único juiz fará a apreciação dos casos que lhe forem submetidos. Um juiz, trabalhando só, não deve, no entanto, examinar recursos contra o Estado-Parte pelo qual foi eleito. Um juiz único poderá declarar um recurso como inadmissível ou retirá-lo do registro, se a decisão puder ser tomada sem posterior apreciação. Sua decisão será definitiva. Nesse contexto, é prevista a introdução de um novo motivo de inadmissibilidade, depois de o recurso ter sido declarado inadmissível, se o autor do recurso não houver sofrido desvantagem significativa. Se o juiz único não declarar um recurso inadmissível e não o retirar do registro da Corte, envia-o a uma comissão ou a uma câmara para apreciação. Em adição, sob solicitação do plenário da Corte, o número de juízes de cada câmara, para um período determinado, por decisão unânime do Comitê de Ministros, pode ser reduzido de sete para cinco. O Protocolo Adicional n. 14 até o momento não entrou em vigor. Isso só poderá acontecer se for ratificado por todos os Estados-Partes. Atualmente, 46 países ratificaram o protocolo adicional. A Rússia é o único país europeu que falta. Com isso, esse país, em última instância, bloqueia o trabalho efetivo da Corte, de maneira que, com esse longo processo, a *rule of law* é violada.

**Leia:** Alastair, Mowbray. Faltering steps on the path to reform of the strasbourg enforcement system. *Human Rights Law Review,* v. 7, n. 3, p. 609-618, 2007.

## III. Sistema Africano de Direitos Humanos

**Bibliografia:** Radunski, Astrid. Die Afrikanische Union und der Afrikanische Menschenrechtsgerichtshof. *MenschenRechts Magazin,* 1/2005, p. 68 ss; Baderin, Mashud A. Recent developments in the African Regional Human Rights System. *Human Rights Law Review,* v. 5, n.1, p. 117-149, 2005; Godinho, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos.* São Paulo: Del Rey, 2006, p. 127-148.

O Sistema Africano de Direitos Humanos desenvolveu-se em duas etapas. A primeira etapa constituiu-se da aceitação da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, também chamada de "Banjul-Charta", pela Organização da Unidade Africana (Organization of African Unity — OAU), substituída em 2002 pela União Africana (African Union — AU). A AU conta hoje com 53 Países-Membros. A segunda etapa seguiu-se em 2004 com a criação da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (African Court on Human and Peoples' Rights — ACHPR) pela União Africana. A Corte foi oficialmente inaugurada em 2006.

A Banjul-Charta entrou em vigor em 1986, depois de cinco anos. Ela diferencia-se das Convenções Europeia ou Interamericana de Direitos Humanos em alguns pontos essenciais. A Carta garante direitos econômicos, sociais e culturais, bem como direitos civis e políticos básicos. Ela enfatiza não somente os direitos dos indivíduos, mas também os direitos dos povos e, assim, respeita de modo especial a influência das tradições africanas. Além disso, na Carta são identificados não somente direitos, mas também deveres em todos os âmbitos da vida. A Carta inclui, por exemplo, o dever de respeitar seu semelhante, de encará-lo sem discriminação e de subsistir com ele em uma relação de promoção, preservação e fortalecimento do respeito e tolerância mútua (art. 28). Um outro dever constitui-se de proteger o desenvolvimento harmonioso da família e de trabalhar pela preservação e pelo respeito da família, bem como respeitar seus pais a qualquer momento e os amparar quando necessitarem. Em adição, existe o dever de, em qualquer tempo e em todos os níveis, se fazer o melhor para a promoção e obtenção da unidade africana (art. 29).

### 1. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos

Para promover os direitos humanos e dos povos e garantir sua proteção na África, a Banjul-Charta prevê uma Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. A Comissão é composta por onze membros, eleitos pelos chefes de Estado e de governo pelo período de seis anos a título individual. Sua reeleição é possível.

No desempenho de suas funções, a comissão pode juntar documentos, elaborar estudos, organizar seminários, simpósios e conferências, divulgar informações e escrever recomendações aos governos dos Estados-Membros. Ela formula princípios e coopera com outras instituições de direitos humanos africanas e internacionais (art. 45). A Comissão exerce sua função de proteção mediante aceitação de recursos individuais e estatais.

Ao contrário dos modelos europeu e interamericano, as petições individuais valem somente em relação a violações maciças ou persistentes dos direitos humanos e não somente em termos de violações individuais dos direitos humanos. Além disso, sob solicitação de Estados-Membros, a Comissão está autorizada a estabelecer pareceres das organizações da União Africana (AU) e intergovernamentais africanas a respeito da interpretação da Banjul-Charta. Nesse caso, deve ser guiada especialmente pelas disposições dos diversos documentos africanos sobre direitos humanos e dos povos, da Carta da ONU, da Carta da AU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de outros documentos das Nações Unidas.

## 2. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos

A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos foi criada por um protocolo adicional à Banjul-Charta, aceito em 1998, e entrou em vigor em 2004. A Corte é composta por onze juízes de diferentes Países-Membros da AU. Em sua escolha, deve ser assegurado que a composição da Corte reflita as diferentes regiões da África e os grandes direitos da família, bem como uma representação adequada dos sexos. Os juízes são eleitos pela Assembleia Geral da AU por um período de seis anos de mandato individual. Uma única reeleição é possível.

São aptos a ser parte a Comissão Africana de Direitos Humanos e os Estados-Membros que apresentaram queixas à Comissão ou que forem contra tal recurso ou cujos cidadãos tiverem sido vítimas de violações dos direitos humanos. Também aptas a ser parte são as organizações intergovernamentais africanas. Em casos excepcionais, organizações não governamentais podem apresentar recursos individuais com *status* de observador, caso o país envolvido tenha reconhecido a competência da Corte por uma declaração.

> **Tarefa:** Compare os sistemas africano e interamericano de proteção dos direitos humanos.

A Corte tem competência por todos os casos e litígios que lhe forem apresentados relativos à interpretação e aplicação da Banjul-Charta, do protocolo sobre o estabelecimento da Corte e de outros instrumentos de direitos humanos

que tenham sido ratificados pelos Estados envolvidos (art. 3 do protocolo à Banjul-Charta). A pedido de um País-Membro da AU, da própria AU ou de um de seus organismos, assim como de uma organização africana reconhecida pela AU, o Tribunal pode emitir pareceres sobre a interpretação da Banjul-Charta ou de um outro instrumento de direitos humanos (art. 4 do protocolo à Banjul-Charta). Os acórdãos do Tribunal são vinculativos aos Estados-Partes em litígio. Os Estados-Partes são obrigados a garantir a execução da decisão. O monitoramento da execução de uma decisão é responsabilidade do conselho executivo. Uma execução forçada em sentido próprio não existe. Casos de não aplicação de decisões por parte de um Estado podem ser levados ao conhecimento da Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo em um relatório anual. Desse modo, deve ser ativado um *shaming mechanism*, visando motivar o Estado envolvido à execução da decisão.

## IV. Panorama

O Direito Internacional Público do século 21 garante aos indivíduos e aos povos sistemas detalhados para a proteção de seus direitos humanos e dos povos, em âmbito internacional e regional. Todos os anos, novas convenções internacionais são feitas e organizações não governamentais são fundadas com esse objetivo. Entretanto, esses avanços não podem levar à falácia de que os direitos humanos são hoje verdadeiramente respeitados e obedecidos no mundo todo. Agora, como antes, acontecem violações maciças de direitos humanos sob a forma de detenções arbitrárias, tortura, pena de morte e outras formas de penas cruéis, opressão de dissidentes políticos, discriminação de mulheres, crianças e minorias, "limpeza étnica", tratamento desumano de refugiados, racismo e exclusão social e miséria em todos os continentes. Segundo um estudo sobre *Freedom in the World*, somente 90 dos 193 Estados foram classificados em 2007 como "Estados livres". Um Estado é classificado como livre se os direitos civis e políticos são ilimitadamente garantidos. Sessenta países foram classificados como "parcialmente livres", visto que asseguram direitos civis e políticos de forma limitada, e 43 Estados foram classificados como "não livres". Em tais países, os direitos humanos fundamentais são completamente negados. Eles representam 22% dos governos no mundo, com uma população de mais de 2.390.000.000 de pessoas, e totalizam 36% da população mundial.

Tendo em vista essa realidade, impõe-se a suspeita de que a adesão aos direitos humanos em muitos casos são somente declamações vazias. Direitos humanos são frequentemente relativizados com a justificação de valores ou princípios constitucionais concorrentes – como a autodeterminação de um povo.

Maciças restrições dos direitos humanos são, por sua vez, justificadas em nome dos direitos humanos. Sua aplicação muitas vezes opõe-se a interesses políticos e financeiros. Além disso, nenhum sistema regional prevê uma aplicação eficiente de acórdãos. Nem o sistema europeu nem o interamericano ou africano de direitos humanos prevê uma execução de decisões em sentido próprio. Todos preveem, em caso de não cumprimento de acórdãos, na melhor das hipóteses, a possibilidade de exercer pressão política no Estado-Parte. Uma pressão exclusivamente política é, no entanto, insuficiente em tais casos. A execução de decisões é um fator importante para a credibilidade dos sistemas e para a eficácia das medidas tomadas pelos tribunais. O acompanhamento da execução das decisões deveria, por isso, ser transferido de organismos regionais adicionalmente a um organismo internacional ou a uma organização internacional, como o Banco Mundial. Este último poderia considerar em tornar a concessão de empréstimos dependente da execução das decisões da Corte Europeia, Interamericana ou Africana de Direitos Humanos e da medida de violações dos direitos humanos que ainda acontecem no país. Tais sanções pecuniárias (indiretas) por falta de execução de decisões seriam mais efetivas do que somente apelo moral. Enquanto não for introduzido um monitoramento efetivo da execução das decisões, há a preocupação de que a proteção dos direitos humanos se dissolva em uma retórica difusa de direitos humanos.

# PARTE 1
## Doutrinas Gerais

Esta parte tem como objetivo apresentar os fundamentos teóricos indispensáveis para a compreensão conceitual e prática do direito internacional dos direitos humanos (DIDH). Após algumas observações introdutórias acerca da necessidade de se adotar linguagem clara no trato da matéria, implicando uso adequado da terminologia técnica desenvolvida pela jurisprudência e pela doutrina, será apresentada uma definição de "direitos humanos internacionais" (DHI) (§ 3), visando facilitar a exposição sistemática das doutrinas gerais que o defensor de direitos humanos (DH) deve saber manejar para promover *lege artis* os direitos de vítimas de violações. A exposição concisa das fontes dos DHI (§ 4) e, em particular, dos âmbitos de validade dos tratados internacionais de DHI (§ 5) é parte dessa tarefa. No mais, serão tratados a titularidade de DHI, os seus obrigados e os modos principais das obrigações emanadas dessas garantias (§§ 6-8). Conclui-se com observações gerais sobre a interpretação e a subsunção metodologicamente correta dos DHI (§ 9-10)[1].

[1] Meus agradecimentos pela colaboração do estimado colega Guilherme Scotti Rodrigues.

# Capítulo 2: O DIDH como direito positivo

**Sumário:**

**§ 3 Terminologia e definição dos direitos humanos**
I. Terminologia
II. Definição dos direitos humanos internacionais
**§ 4 As fontes formais do DIDH**
I. Tratados internacionais
1. Tratados universais
2. Tratados regionais
3. Dicas referentes à busca de tratados de direitos humanos
4. O conceito de tratado internacional
II. Costume internacional
1. O conceito
a. Prática geral
b. Opinião jurídica
c. Dicas referentes à documentação do costume internacional
2. O significado do *ius cogens*
a. O conceito
b. Avisos práticos
3. Direitos humanos valendo como costume internacional
III. Princípios gerais de direito
IV. Fontes auxiliares: decisões judiciais e a doutrina
V. Resumo

## § 3 Terminologia e definição dos direitos humanos

**Bibliografia:** Alston, P. Conjuring up new human rights: a proposal for quality control. *AJIL*, 1984, p. 607; Cranston, M. *What are human rights?* London: Bodley Head, 1973; Craven, M. Differentiation and the concept of the human rights treaty in international law. *EJIL*, 2000, p. 489; Donnelly, J. *The concept of human rights*. London: Croom Helm, 1985; Drzewicki, J. Internationalization of human rights and their juridization. In: Hanski, R.; Suksi, M. (Ed.). *An introduction to the international protection of human rights:* a textbook. Turku: Abo Akademi University, 1999; Forsythe, D.P. *The internationalization of human rights.* Lexington, Mass.: Lexington Books, 1991; Piechowiak, M. What are human rights? The concept of human rights and their extra-legal justification. In: Hanski, R.; Suksi, M. (Ed.). *An Introduction to the international protection of human rights:* a textbook. Turku: Abo Akademi University, 1999; Riedel, E. Menschenrechte der dritten Generation. EuGRZ, p. 9, 1989; Carvalho Ramos, A. de.

*Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Symonides, J. (Ed.). *Human rights:* concepts and standards. Aldershot-Vermont: Ashgate, 2000; Vasak, K.; Alston, P. (Ed.). *The international dimensions of human rights*. Westport, CT: Greenwood Press; Paris: Unesco, 1982.

## I. Terminologia

Do mesmo modo que o manuseio técnico do direito em geral, o trabalho com o Direito Internacional Público e, em particular, com o DIDH pressupõe o uso de uma linguagem própria. Com o tempo, jurisprudência e doutrina desenvolveram uma terminologia para designar, com maior precisão, determinadas particularidades da ordem jurídica internacional e, em especial, do DIDH, de suas regras e de seus processos. Efeito secundário desse fenômeno é, infelizmente, a adoção, por juristas, de uma linguagem que frequentemente se torna incompreensível ao cidadão comum. Com certa razão, essa tendência lamentável pode ser considerada "não democrática" e até pode indicar uma falta de qualificação ao exercício da profissão jurídica, pois, para se transformar o idioma em ferramenta útil e eficaz, não são recomendáveis as construções de frases complexas e o uso de vocabulário ininteligível. Muito pelo contrário: é mister ser breve e formular assertivas tão claras quanto possível, justamente porque o trato profissional com o direito implica o domínio e o uso adequado de seus termos técnicos.

Isso significa que quem se ocupa pela primeira vez com o DIDH ou, ainda, tem pouca experiência com essa matéria deve desenvolver certa sensibilidade para seu "vocabulário particular" e, se possível, adotá-lo e aplicá-lo de forma exata, mas sem perder de vista o objetivo descrito. O glossário que se encontra no fim deste *Manual* serve para auxiliar o leitor no manuseio de alguns termos técnicos relevantes no campo dos DHI.

Observa-se que o simples uso, sem especificação, do termo "direitos humanos" pode provocar equívocos, o que demonstra a necessidade de se ter clareza sobre o significado de termos técnicos: há autores que empregam as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" como sinônimas; outros preferem diferenciar entre "direitos humanos", no sentido de direitos individuais e coletivos reconhecidos no plano internacional, e "direitos fundamentais", no sentido de direitos garantidos

na ordem jurídica doméstica com a finalidade de proteger indivíduos contra o arbítrio do próprio Estado. Ainda exemplificando, várias constituições distinguem os direitos humanos dos direitos civis – os últimos sendo garantias exclusivamente destinadas a cidadãos do respectivo Estado e não a todas as pessoas em seu território. Cabe, porém, indagar: não representa o direito de voto, embora essencialmente um direito exclusivo dos cidadãos de um determinado Estado, também um direito humano? Há, ainda, quem utilize o termo "direitos humanos" com exclusão dos direitos garantidos no sentido jurídico (direitos positivos), referindo-se apenas a direitos em sentido filosófico ou ético (direitos morais). Todavia, será que direitos humanos positivos não articulam também reivindicações éticas e/ou políticas que não podem ser deles completamente desvinculados?

Não se trata de uma questão de enfoque (nacional *vs*. internacional): a ausência de definições normatizadas dos termos acima usados impossibilita, de forma absoluta, responder a essas questões conceituais e terminológicas. Assim como é certo que os Estados reconhecem em determinados acordos internacionais o direito de voto como direito humano, é ao mesmo tempo certo que só se obrigam a garantir esse direito a seus próprios cidadãos[2]. Do mesmo modo, constata-se que os direitos humanos, em geral, nascem na filosofia, depois, tornam-se exigências políticas e, por vezes, "materializam-se" em direitos positivos[3]; por isso é possível e, às vezes, até necessário entender os direitos humanos não só como direitos positivos, mas também como direitos morais.

## II. Definição dos direitos humanos internacionais

Diante desse pano de fundo, convém estabelecer, para fins de trabalho, uma definição para o termo DHI. Como este *Manual* pretende, antes de mais nada, assistir aos profissionais no trabalho prático com o DIDH, optou-se por uma definição formal que considere o fato de que a defesa dos direitos humanos opera com base em normas juridicamente vinculantes e, portanto, com base no direito positivo. Seguir-se-á, assim, a definição originalmente sugerida por Manfred Nowak[4], posteriormente modificada por Walter Kälin e Jörg Künzli, os quais entendem por DHI "[...] a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais,

---

[2] Ver art. 25 do PIDCP; art. 23 da ConvADH; CeDH, General Comment n. 25 (1996), § 3.

[3] Ver Haas, M. *International human rights:* a comprehensive introduction. London; New York: Routledge, 2008, p. 2; Nowak, M. *Introduction to the international human rights regime*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2003, p. 1.

[4] Nowak, *Introduction* cit., p. 1.

culturais e coletivos estipulados pelos instrumentos internacionais e regionais e pelo costume internacional"[5].

Essa definição não pretende ser a "única certa", mas meramente aspira a ser um instrumento útil, porque ela:

- reporta-se às principais fontes do DIDH, ou seja, tratados internacionais e costume internacional. É seguro dizer que o conhecimento desses conceitos é indispensável para a compreensão e aplicação prática do DIDH (§ 4);

- diz respeito à diferença entre DH individuais e coletivos. Isso nos permite analisar a questão da titularidade dos DHI (§ 6);

- faz referência (indireta ou até involuntária) às chamadas "gerações" de DHI. Conforme esse modelo, desenvolvido pelo jurista francês Karel Vasak[6], os DHI podem ser divididos, de acordo com sua evolução histórica e sua formação, em três grandes grupos: os direitos civis e políticos, como os clássicos "direitos de defesa", criando obrigações negativas para o Estado ("primeira geração"); os direitos econômicos, sociais e culturais, como "direitos à prestação", implicando uma série de obrigações positivas ("segunda geração"); e os direitos coletivos, conceituados, na verdade, como princípios e expressão da solidariedade entre os povos, como, p. ex., o direito ao desenvolvimento sustentável ou ao meio ambiente sadio ("terceira geração"). Esse modelo, que tem seus méritos didáticos, é criticado[7], por um lado, porque pode levar à dedução errônea de que as "gerações" de direitos humanos mais jovens substituirão a "geração" mais velha, condenada a "falecer"; por outro lado, porque leva a crer que só as garantias da "primeira geração" estabeleceriam direitos vindicáveis por indivíduos, enquanto os direitos da "segunda geração" meramente conteriam obrigações a serem realizadas progressivamente pelos Estados, mas não poderiam ser reclamados por indivíduos (situação semelhante ocorreria com os DHI da "terceira geração", que ainda esperariam o seu reconhecimento vinculante pelos Estados). Como veremos no § 8, que trata dos modos principais das obrigações emanadas dos direitos humanos, assim como no § 15, que versa sobre a questão da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, tal enfoque tornou-se inadequado por ser excessivamente simplificador;

---

5 Kälin, W.; Künzli, J. *Universeller Menschenrechtsschutz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 38 [tradução livre do autor].

6 Vasak, K. A 30-year struggle. *Unesco-Courier,* 1977, p. 29.

7 Vide Riedel, E. Menschenrechte der dritten Dimension. *EuGRZ*, 1989, p. 9. Bonavides, P. (Os direitos fundamentais e a globalização. *RPGE*, 2002, p. 68) refere-se também à discussão atual sobre uma "quarta geração" de direitos humanos.

- reconhece, implicitamente, a indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos humanos;

- rememora a divisão do sistema de proteção internacional dos direitos humanos no sistema universal e nos sistemas regionais.

Desse modo, decorre da nossa definição uma estrutura básica, possibilitando a exposição sistemática das "doutrinas gerais" mais importantes. Ressalva-se, porém, que ela é, por várias razões, incompleta. Em especial, ela não só carece do aviso importante à dignidade humana[8] como fundamento do reconhecimento dos DHI como garantias imprescindíveis, mas também se cala a respeito de quem é obrigado pelo DIDH e quais são seus âmbitos materiais, temporais e territoriais de validade – questões examinadas nos §§ 6-8.

## § 4 As fontes formais do DIDH

**Bibliografia:** D´Amato, A. A. Human rights as part of customary international law: a plea for change of paradigms. *Georgia Journal of International & Comparative Law,* 1995/1996, p. 47; Bianchi, A. Human rights and the magic of jus cogens. EJIL, 2009, p. 491; Cançado Trindade, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2003; Klein, E. (Hg.). *Menschenrechtsschutz durch Gewohnheitsrecht*, Berlin: BWV, 2003; Klein, E. Menschenrechte und ius cogens. In: Bröhmer, J. et al. (Hg.). *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte:* Festschrift für G. Ress. Köln: Heymann, 2005, p. 151; Lillich, R. B. The *growing importance of customary international human rights* law. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1995/1996, p. 1; Meron, T. *Human rights and humanitarian norms as customary law*. Oxford: Clarendon Press, 1991; Paust, J.J. The complex nature, sources and evidences of customary human rights. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1995/1996, p. 147; Carvalho Ramos, A. de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Weisburd, A. M. The effect of treaties and other formal international acts on the customary law of human rights. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1995/1996, p. 99.

> **Caso 1:** O Estado X recusa-se a aderir a qualquer acordo internacional que vete a prática de tortura. Todavia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) estabelece que "ninguém será submetido à tortura" (art. 5º). Estaria o Estado X obrigado a respeitar o conteúdo dessa disposição?

[8] Ver, acerca da dignidade humana como conceito jurídico e seus limites, entre outros: McCrudden, C. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *EJIL,* 2008, p. 655.

**Caso 2**: O Estado Y ratificou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Seu art. 7º veda a tortura. Para se liberar das obrigações decorrentes dessa garantia, o Estado Y submeteu, antes da ratificação do PIDCP, uma reserva dizendo: "O Estado Y aceita todas as obrigações emanadas desse Pacto com exceção daquelas previstas no art. 7º". Estaria, ainda assim, o Estado Y obrigado a respeitar o conteúdo dessa proibição?

**Caso 3**: Em setembro de 2007, a Assembleia Geral da ONU aprovou, com os votos da maioria dos seus membros, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Podem as normas estipuladas nesse documento ser aplicadas como se fosse direito internacional vigente?

**Caso 4:** O Estado X inflige a pena de morte a delinquentes adolescentes a partir dos 14 anos. Ele não ratificou nenhum tratado internacional vetando essa prática. Ademais, corroborou várias vezes sua opinião oficial de que tal prática seria seu "bom direito". A prática de impor a pena de morte aos jovens autores de delitos violaria, mesmo assim, obrigações internacionais emanadas dos direitos humanos?

**Caso 5**: O Estado X e o Estado Y concluem um acordo no qual determinam a não aplicação, entre si, da proibição da tortura aos "sujeitos pondo em risco a segurança nacional". Em particular, eles acreditam que se aplica a regra *lex posterior derogat legi priori*. Por isso, eles não consideram que esse ato esteja em contradição com suas obrigações assumidas. Estão certos?

**Caso 6:** O senhor A é ex-ministro de um governo do Estado X que sistematicamente torturou e permitiu o desaparecimento de seus adversários políticos. Durante uma visita ao Estado Y, o senhor A é preso pelas suas forças de segurança. O Estado Y o acusa de ter cometido crimes contra a humanidade. O senhor A considera tal procedimento inadmissível e alega a imunidade de que gozou durante o tempo em questão. Poderia essa imunidade protegê-lo da condenação em razão de violações graves e sistemáticas de direitos humanos?

De acordo com a nossa definição, entende-se por DHI a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos estipulados pelos instrumentos internacionais e regionais e pelo costume internacional. Desse modo, ela se refere às duas fontes principais do Direito Internacional Público – tratados internacionais e

costume internacional – das quais também emanam os DHI como direito positivo. A compreensão do significado, conteúdo e manuseio desses conceitos importantes é pressuposto elementar para a identificação das garantias do DIDH e das obrigações emanadas delas. Por isso eles serão expostos, a seguir, com consideração especial de questões práticas. Isso inclui explicações sobre como se orientar na multidão dos tratados internacionais sobre DH e sobre os limites do termo "tratado internacional", que, por exemplo, deixa às escuras se abrange igualmente acordos, convenções, pactos ou até declarações internacionais.

No que se refere ao costume internacional como fonte dos DHI, não só será analisada a questão sobre o que se entende por esse conceito e como ele se forma, mas, em particular, como comprová-lo.

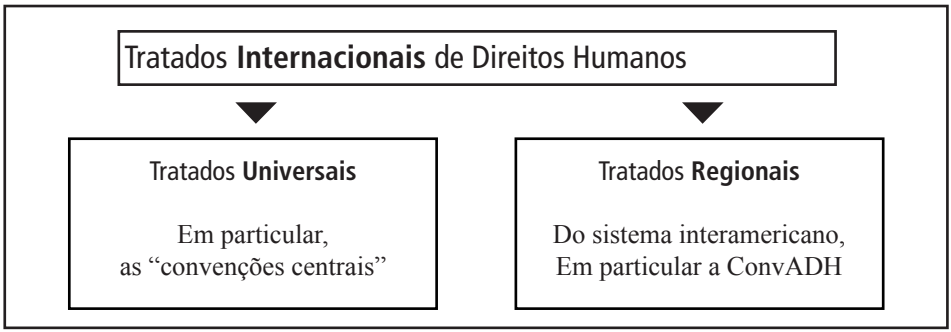
Por fim, este § 4 termina com uma breve exposição das fontes auxiliares do Direito Internacional Público, decisões judiciais e doutrina, já que se trata de instrumentos úteis para a defesa de determinadas assertivas.

## I. Tratados internacionais

Sem dúvida, a fonte preferida por todos que se dedicam profissionalmente à proteção dos DHI são os tratados internacionais. A razão para isso é evidente: é muito mais fácil aplicar as normas dadas por escrito do que as normas "invisíveis" do costume internacional. No entanto, não há hierarquia entre essas duas fontes principais do Direito Internacional Público. Elas têm o mesmo grau.

Ao mesmo tempo é fato incontestável que, nas últimas décadas, o número de tratados internacionais de direitos humanos cresceu consideravelmente, e, com isso, também sua relevância prática. Embora se trate de um fenômeno notável, ele tem uma desvantagem: hoje, até mesmo especialistas em DHI que acompanham atentamente o desenvolvimento desse campo têm por vezes dificuldades para conseguir se orientar nesse vasto regime jurídico.

Diante desse pano de fundo, é útil, como já vimos, dividi-lo em sub-regimes: o sistema universal de proteção dos direitos humanos, por um lado, e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, por outro. O seguinte panorama geral sobre os acordos mais importantes de cada um deles deve exemplificar o desafio de se orientar no "mundo" dos tratados de direitos humanos internacionais. Ao mesmo tempo, trata-se de uma breve repetição dos capítulos anteriores.




## 1. Tratados universais

No que se refere ao sistema universal de proteção dos direitos humanos, as codificações mais importantes, também chamadas "convenções centrais"[9], são: os dois Pactos de Direitos Humanos de 1966[10], as Convenções sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, e contra a Mulher, de 1979; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Migrantes Trabalhadores e dos Membros de suas Famílias, de 1999; a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assim como a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado, ambas de 2006.

Enquanto esses acordos são relativamente conhecidos, outros são menos. Podemos mencionar os vários Protocolos que eram adotados como complemento às codificações "centrais", tais como: os dois Protocolos Facultativos referentes ao PIDCP, de 1966 e de 1989 (um sobre o estabelecimento de um procedimento de petições individuais perante o Comitê de Direitos Humanos – CeDH e o outro sobre a abolição da pena de morte); o Protocolo Opcional ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), de 2008 (igualmente sobre o estabelecimento de um procedimento de petições individuais); os dois Protocolos

---

[9] Cf. Cançado Trindade, A. A. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 40, n. 1, p. 169, 1997. Cf. também: <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm>. Acesso em: 20 abr. 2009.

[10] Quando se fala da "international bill of human rights", termo criado por Hersch Lauterpacht, refere-se usualmente a esses dois pactos em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, de 2000 (relativos ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil); os Protocolos Facultativos à Convenção contra a Tortura, de 2002, e à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1999[11].

Representante atípico, porque antecessor das codificações modernas desse regime, é a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e seu Protocolo Adicional, de 1967.

Enfim, é também amplamente reconhecido que à categoria de tratados universais de direitos humanos se acrescenta uma série – embora não todas – de convenções da OIT, como, por exemplo, a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, de 1989, e a Convenção n. 182 sobre a Proibição e a Ação Imediata para a Eliminação das Piores Formas de Trabalho Infantil, de 1999[12].

Nota-se que a lista apresentada é incompleta e se trata meramente de uma seleção dos acordos universais de DHI mais importantes. Considerados sob uma ótica sistemática, há tratados universais cuja exata classificação causa problemas. Exemplos são, em particular, aqueles acordos internacionais que só marginalmente protegem direitos humanos e por isso contêm, além de vários outros dispositivos, garantias que concretizam direitos humanos já reconhecidos – como os vários tratados internacionais relativos à proibição, punição e prevenção da escravidão e práticas análogas. É ainda mais difícil considerar como parte do DIDH aqueles acordos que só indiretamente protegem direitos humanos, como os tratados do Direito Penal Internacional – dos quais é exemplo a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, de 1948 – ou as várias convenções do chamado Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Conflitos Armados.

## 2. Tratados regionais

Quanto ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o instrumento mais famoso e, ao mesmo tempo, mais importante é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ConvADH – "Pacto de San José"), de 1969, que, até agora, foi complementada por dois Protocolos: um sobre Direitos Humanos em

[11] Observe-se que os protocolos representam tratados internacionais autônomos e, por isso, precisam da ratificação pelos Estados antes de se tornarem instrumentos vinculantes.

[12] Para uma visão geral sobre esse sub-regime do DIDH, ver Alston, P. (Ed.). *Labour rights as human rights.* Oxford: OUP, 2005.

Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de San Salvador"), de 1988, e outro sobre a Abolição da Pena de Morte, de 1990.

Outros instrumentos regionais que deveriam ser conhecidos são: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, cujo conteúdo difere em detalhes importantes da Convenção contra a Tortura, de 1984[13]; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994; e, do mesmo ano, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, até agora, o único acordo internacional sobre esse assunto; assim como a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999.

## 3. Dicas referentes à busca de tratados de direitos humanos

É fundamental, portanto, saber onde se podem buscar informações sobre os tratados universais e regionais existentes, em particular para que se possa obter uma primeira visão geral sobre os acordos possivelmente aplicáveis a um determinado caso. Certamente seria uma grave omissão não se dar conta de uma norma ou de um acordo de DH que poderia servir como base legal para a imposição de uma reivindicação ou obrigação. Para facilitar essa busca, a Parte 4 deste *Manual* ("Pesquisa") disponibiliza uma seleção de *links* aos sítios que oferecem coletâneas virtuais dos tratados dos DHI. As seguintes anotações devem servir como primeira orientação:

- Quanto às convenções ratificadas pelo Brasil, sítio da *Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores,* onde podem ser acessados os textos em português[14].

- Contudo, às vezes é importante comparar a versão traduzida de um instrumento, embora seja a versão oficial, com os textos chamados "autênticos", isto é, aqueles determinados pelos Estados-Parte, em cláusulas especiais[15], como abalizados para a interpretação desses instrumentos. No que se refere aos tratados universais de DH, trata-se habitualmente dos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo. Eles estão acessíveis no sítio do *Office of the UN High Commissioner of Human Rights*[16].

---

[13] Um capítulo versando sobre a proibição será incluído na 2ª edição deste *Manual*.

[14] O *link* é: <http://www2.mre.gov.br/dai/quadros.htm>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[15] Ver, por exemplo, art. 53 do PIDCP, art. 31 do PIDESC e art. 33 da CCT.

[16] O *link* é: <http://193.194.138.190/html/intinst.htm>. Acesso em: 10 dez. 2008.

- Quanto ao sistema interamericano de proteção dos DH, os documentos mais relevantes se encontram no sítio da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*[17].

- Para fins comparativos é também recomendável estudar tratados internacionais de outros sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. No que se refere ao sistema europeu, o sítio do *Conselho da Europa* oferece uma *Complete list of the Council of Europe´s treaties*[18].

- Um sítio que disponibiliza quase todos os instrumentos universais e regionais de DH, assim como vários outros materiais, é o da *University of Minnesota Human Rights Library*[19].

## 4. O conceito de tratado internacional

Como o sistema internacional de proteção dos DH é uma área especial do Direito Internacional Público, é frequentemente necessário se dedicar às questões referentes à sua "parte geral". Isso vale, em particular, em relação ao chamado "direito dos tratados internacionais" e suas regras gerais sobre a aplicação e a interpretação das convenções internacionais. Elas se encontram na Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais (CVTI), de 1969; as fundamentais para o trabalho prático serão discutidas posteriormente[20]. O que interessa primeiramente é o fato de que os Estados definiram, sobretudo ao determinar o âmbito da CVTI, o termo "tratado internacional" como "[...] um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, [...] qualquer que seja a denominação especificada"[21].

Observa-se que se trata de uma definição muito estrita, que, no entanto, representa um consenso universal sobre o que se entende por esse termo. Mostra que é irrelevante o nome dado a um tratado internacional: ele pode ser chamado acordo, convenção, pacto etc. O que é decisivo é a existência de um consenso entre dois ou mais Estados sobre a natureza vinculante do respectivo instrumento. Normalmente tal consenso é óbvio e não precisa ser mencionado ou até comprovado por interpretação.

---

[17] O *link* é: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic.TOC.htm>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[18] O *link* é: <http://conventions.coe.int/EN/CadreListeTraites.htm>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[19] O *link* é: <http://www1.umn.edu/humanrts>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[20] Vide capítulo 4, § 9, deste *Manual*.

[21] Art. 2º, 1, *a*, da CVTI. Até 2009, a convenção ainda não havia sido ratificada pelo Brasil. Contudo, suas provisões mais importantes aplicam-se como costume internacional.

No entanto, é preciso apontar para o fato de que nem todos os documentos internacionais que parecem ter a forma de um tratado internacional possuem necessariamente essa qualidade. Como se sabe, os Estados tendem – em primeiro lugar como membros de organizações internacionais, mas também como participantes de conferências internacionais – a adotar resoluções para se manifestar politicamente e estabelecer parâmetros de ação. Por atribuir a essas proclamações uma forma mais solene e um peso político maior, os Estados (ou mais precisamente os órgãos das organizações com os quais os Estados colaboram) costumam batizá-las de "declarações".

Às vezes, essas declarações até contêm direitos materiais. Exemplos famosos são a DUDH, adotada pela Assembleia Geral (AG) da ONU no dia 10 de dezembro de 1948, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), adotada pela Conferência Internacional dos Estados Americanos, ainda seis meses antes da DUDH, no dia 30 de abril de 1948. Exemplos mais recentes são a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, ou a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1992. Em princípio, tais documentos gozam meramente o *status* de *soft law* 📄*:* trata-se de regras e disposições que muitas vezes se encontram em um processo de formação do direito positivo, mas ainda não criaram obrigações jurídicas[22]. Todavia, no que se refere às declarações de direitos humanos citados inicialmente, a DUDH e a DADH, é hoje amplamente reconhecido que tal transformação já aconteceu, ao menos parcialmente.

## II. Costume internacional

A resposta à questão de como tal transformação se opera revela o significado da outra fonte principal do Direito Internacional Público – o costume internacional. Ela também cria obrigações jurídicas para seus sujeitos, contudo, sem precisar para isso da conclusão formal de um tratado. É importante notar que as normas que vigoram como costume internacional se aplicam a praticamente todos os Estados, até àqueles que deliberadamente recusaram a ratificação 📄 de um tratado internacional de direitos humanos, ou que tentaram se liberar de uma das suas disposições por meio

[22] Vide, para detalhes da discussão: Hilgenberg, H. A fresh look at soft law. *EJIL*, 1999, p. 499. Atenção: essas declarações multilaterais não devem ser confundidas com outras declarações unilaterais. Por exemplo, governos reconhecem por tal ato a competência dos órgãos de monitoramento dos DH. Vide, no caso do Brasil: Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Decreto n. 4.463, de 8.11.2002.

de reserva . A consequência da sua violação é, como a dos tratados internacionais, a responsabilidade internacional do Estado (ou outro sujeito jurídico de Direito Internacional Público), o que pode implicar a imposição de sanções ou outras medidas destinadas a fazê-lo voltar à conformidade legal.

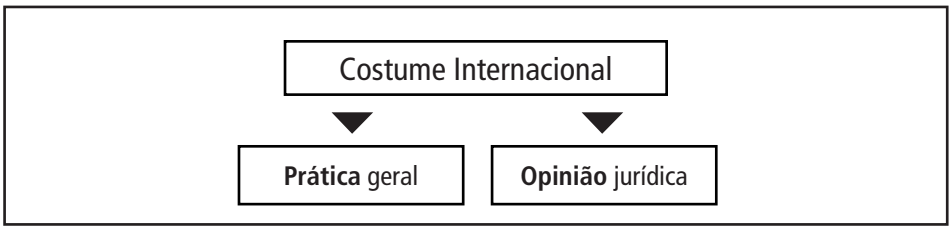
> No **Caso 1**, o Estado X, apesar da não ratificação das codificações internacionais pertinentes, é obrigado a respeitar uma série de garantias da DUDH. Ao menos no que se refere ao conteúdo principal da proibição à tortura, é hoje amplamente reconhecido que ela vale como costume internacional[23]. Pela mesma razão, no **Caso 2**, o Estado Y continua a ser obrigado, independentemente da questão da admissibilidade da reserva, a respeitar a proibição da tortura.

Dada a relevância do costume internacional para a defesa dos DHI, coloca-se a questão de como comprovar que uma garantia ou obrigação goza de tal *status*. Para isso, é preciso compreender seu conceito.

## 1. O conceito

Segundo o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), que lista as fontes "clássicas" do Direito Internacional Público, por costume internacional se entende a "[...] prova de uma prática geral aceita como sendo direito".

Portanto, são dois os elementos que constituem o costume internacional: a prática geral (*consuetudo*), como elemento objetivo, e, como elemento subjetivo, a opinião jurídica dos Estados de que tal prática estatal corresponde a uma obrigação jurídica (*opinio iuris sive necessitatis*).




[23] Ver Cejil/APT, *Torture in international law:* a guide to jurisprudence. Geneva, 2008, p. 6; Cassese, Are international human rights treaties and customary rules on torture binding upon US troops in Iraque?. 2 *Journal of International Criminal Justice,* 2004, p. 873.

Ambos os elementos levam a uma série de questões difíceis e controversas que não podem ser expostas adequadamente aqui[24]. As seguintes anotações devem ajudar a desenvolver uma ideia mais precisa sobre os pressupostos da comprovação de uma norma como sendo costume internacional.

## *a. Prática geral*

Entende-se por prática aquela conduta oficial de órgãos estatais que se refere aos fatos interestaduais, e, por isso, podem ter relevância para a formação do novo Direito Internacional Público. Deveriam ser tomados em consideração, em primeiro lugar, os atos oficiais daqueles órgãos estatais que são competentes para a manutenção das relações internacionais: o presidente, o ministro das Relações Exteriores, diplomatas etc.

Problemático é o significado dos atos realizados por outros órgãos e agentes estatais, como, p. ex., pelos policiais ou tribunais. Sua relevância no direito internacional é, pelo menos, duvidosa. Isso vale, ainda mais, no que se refere ao DIDH: o fato de que funcionários de um Estado pratiquem violações a direitos humanos e não sejam punidos pelos seus tribunais não tem relevância nesse contexto[25].

Quanto ao número de atos necessário para se considerar uma prática "geral", a palavra-chave é "quase universalidade". Significa que a grande maioria dos Estados deve contribuir à formação do novo direito. Como a comprovação de tal prática implica, teoricamente, um estudo gigantesco e poucas vezes viável, é em geral suficiente fazer referência aos Estados mais poderosos e/ou importantes nas relações internacionais.

Enfim, é evidente que um acontecimento único não basta para estabelecer uma prática geral. Além disso, deve-se estender por um tempo "apropriado" [26].

Quanto às fontes de informação referente à prática estatal, utilizam-se, em especial, publicações em revistas jurídicas especializadas, assim como em anais de Direito Internacional Público que, às vezes, abarcam análises dedicadas a esse assunto.

---

[24] Para obter uma visão geral, vide, por exemplo, Brownlie, I. *Principles of public international law.* 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 6; Silva, R. L. *Direito internacional público*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 131.

[25] Atenção: a responsabilidade internacional do Estado por tais atos é uma outra questão.

[26] Para mais informações, vide Zemanek, K. What is "State practice" and who makes it? In: Beyerlin, U. (Ed.). *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht.* Festschrift für R. Bernhardt. Berlin: Springer, 1995, p. 289.

## *b. Opinião jurídica*

Além disso, a prática geral tem de ser acompanhada pela opinião jurídica dos Estados de que os atos praticados correspondem a uma obrigação jurídica e, assim, estabelecem novo direito. Se falta essa convicção, os atos praticados não constituem costume internacional. Nesse caso, trata-se meramente de *courtoisie* ou *comity*.

A articulação da opinião jurídica é feita de vários modos. Muitas vezes, ela pode ser extraída de declarações adotadas por Estados, de conferências interestaduais, de resoluções da Assembleia Geral (AG) da ONU ou outras organizações internacionais. No mais, a conclusão de um acordo internacional contendo um determinado direito, assim como o fato da sua ampla ratificação, pode também ser utilizada para constatar a existência de uma *opinio iuris*.

> No **Caso 3**, pergunta-se se o ato da aprovação da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas pela AG da ONU pode ser entendido como expressão de uma opinião jurídica acerca do reconhecimento dessas garantias como padrão obrigatório. A resposta não pode ser dada de forma absoluta, mas necessita do estudo individual das garantias e das respectivas manifestações dos Estados. Duvidosa parece, porém, a possibilidade de se comprovar que tal opinião é acompanhada por uma prática geral. Contudo, alguns direitos, caso já tenham sido reconhecidos em tratados internacionais, como a Convenção da OIT n. 169, têm natureza meramente declarativa.

Dito isso, torna-se mais óbvio um dos problemas centrais relativos à comprovação de costume internacional: na verdade, nem sempre é possível delimitar os elementos objetivo e subjetivo. No mais das vezes, eles são inter-relacionados e não podem ser completamente separados[27]. Isso vale, em particular, no que se refere à comprovação de direitos humanos. Diante dessas dificuldades propõe a "doutrina moderna" do costume internacional a aplicação de um método dedutivo: no caso em que um determinado direito já fosse reconhecido e/ou tivesse significado fundamental para o direito internacional como ordem jurídica, seria admissível concluir sua transformação em costume internacional pela falta de prática estatal contraditória[28].

---

[27] Müllerson, R. The interplay of objective and subjective elements in customary law. In: Wellens, K. (Ed.). *International law:* theory and practice. Essays in honour of E. Suy. Den Haag: Martinus Nijhoff, 1998, p. 163; Roberts, A. E. Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation. *AJIL,* 2001, p. 757.

[28] Cf. Tomuschat, C. Human rights: between idealism and realism. 2. ed. New York: OUP, 2008, p. 37.

## *c. Dicas referentes à documentação do costume internacional*

Importante é desenvolver a consciência sobre os desafios práticos em se fundamentar uma alegada violação de um DHI como costume internacional. Felizmente, nem sempre é necessário fazer todo o trabalho minucioso acima esboçado. No mais das vezes, há caminhos mais "econômicos" e mais "confortáveis" para se estabelecer de maneira convincente a existência de uma norma como costume internacional.

Uma opção viável é buscar uma ou, ainda melhor, várias decisões judiciais reconhecendo o direito alegado como costume internacional. Embora decisões judiciais, segundo a doutrina predominante, não possam configurar diretamente a formação de costume internacional[29], sejam elas nacionais ou internacionais, elas podem, contudo, ser citadas para mostrar que a análise necessária já foi feita e respondida afirmativamente. Dependendo da qualidade da decisão e da autoridade do seu autor, ela pode ser um forte argumento, que dificilmente poderá ser refutado pelo órgão ou colegiado encarregado de decidir o caso.

No que se refere particularmente à documentação da existência de um DH como costume internacional, atenção especial merecem os julgamentos, decisões e opiniões das Cortes Regionais de Direitos Humanos e dos outros Tribunais Internacionais, como, p. ex., o CIJ ou o Tribunal Penal Internacional (TPI). Não menos útil para esses fins é a rica "quase jurisprudência" dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Merecem destaque, em particular, as vistas (*views*) dos diversos comitês das convenções universais e seus "comentários gerais"[30]. No sistema interamericano, convém notar os casos decididos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ComIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH).

Nesse contexto, contudo, é preciso fazer uma ressalva: embora os sistemas regionais se mantenham "em diálogo" constante que estimula o desenvolvimento de uma doutrina universal dos direitos humanos, é possível a formação de costume regional que não possa reclamar vigência nas demais regiões do mundo.

Como exemplo, discutiu-se a existência de um direito costumeiro a asilo diplomático, também mencionado no art. 14 da DUDH, na América Latina[31]. Em outras regiões do mundo faltam indícios que possam apoiar tal alegação. Portanto, a recepção de um determinado direito valendo como costume regional por outros regimes de direitos humanos tem seus limites. Ao mesmo tempo, ressalve-se que nada

---

[29] Ver Herdegen, M. *Völkerrecht*. 5. Aufl. München: Beck, 2006, p. 153.

[30] Para informações sobre os respectivos endereços de internet ou coletâneas de casos, conferir a Parte 4 ("Pesquisa").

[31] Ver CIJ, Columbia *vs.* Peru. *ICJ Reports*, 1950, p. 277.

impede o defensor de direitos humanos de buscar bons argumentos em outros sistemas de proteção de direitos humanos.

Outro caminho viável é fazer referência a um direito reconhecido em uma convenção e defender sua vigência como costume internacional. Isso é especialmente possível quando a referida convenção foi ratificada quase universalmente, isto é, por mais de 150 Estados. Além disso, às vezes pode ser útil fazer comparações entre instrumentos internacionais, como, p. ex., entre a DUDH e dois Pactos Internacionais. Um direito articulado pela DUDH e repetido por um dos dois pactos mostra uma tendência a se transformar em costume internacional, caso o teor dos dispositivos não difiram fundamentalmente. Em contraposição, um direito mencionado na DUDH, mas omitido pelos pactos, não mostra essa tendência.

## 2. O significado do *ius cogens*

Uma norma que valha como costume internacional obriga, em princípio, todos os Estados. Lembrados desse fato num determinado caso, os Estados tendem frequentemente a negar a existência de quaisquer obrigações. Argumentos comuns são a alegação de que eles deliberadamente não ratificaram um determinado tratado sobre o conteúdo em questão, ou que fizeram uma reserva a uma determinada cláusula que refletisse costume internacional justamente para não assumirem a obrigação.

Na verdade, só há uma única opção para que esses Estados se liberem das obrigações decorrentes da vigência de normas do costume internacional: a prova de que eles manifestaram durante o processo de formação do costume internacional, mediante protestos permanentes e inequívocos, sua objeção a serem obrigados pelo novo direito[32]. Tais Estados são chamados de *persistent objectors*. Pressuposto para o gozo desse *status* é sua comprovação. Nos casos em que a vigência de um determinado direito humano como costume internacional é objeto de disputa, o ônus da prova cabe aos Estados que alegam sua não obrigação.

### *a. O conceito*

Contudo, o Direito Internacional Público também conhece uma categoria de normas nas quais não se aplica a figura do *persistent objector*. São as normas do *ius cogens*, também chamadas de "direito cogente" ou "imperativo"[33]. Essas

[32] CIJ, North Sea Continental Shelf. *ICJ Reports*, 1969, p. 43; Charney, J. The persistent objector rule and the development of customary international law. *BYIL,* 1985, p. 1.

[33] Para uma discussão do conceito, vide: Orakhelasvili, A. *Peremptory norms in international law.* Oxford: OUP, 2006.

normas dispõem de um *status* especial na ordem jurídica internacional, em virtude do seu significado fundamental para a comunidade internacional que, por isso, não permitem Estados qualquer derrogação.

A existência do *ius cogens* é explicitamente reconhecida pelos Estados na CVTI[34], bem como pela jurisprudência internacional[35]. Todavia, vários aspectos do seu conceito ainda carecem de concretização, em particular no que se refere a uma identificação mais precisa das normas pertinentes e do seu conteúdo, assim como das consequências jurídicas decorrentes de sua violação.

O que é claro, até agora, é que se trata de um grupo pequeno de normas universais que abrange também alguns DHI. Entre outras, encontra-se a proibição do genocídio, da tortura, da escravidão e da discriminação racial[36].

> A proibição de infligir a pena de morte contra autores juvenis vale também como *ius cogens*[37]. Portanto, no **Caso 4**, o Estado X, mesmo que possa comprovar seu *status* de *persistent objector*, é ainda assim obrigado a respeitar tal proibição.

Além do mais, o art. 53 da CVTI estabelece que tratados em conflito com o *ius cogens* são nulos.

> No **Caso 5**, o acordo entre os Estados X e Y viola o *ius cogens*[38]. Por isso, é inválido. A alegação de que se aplicaria a regra *lex posterior derogat lex priori* não encontra aqui respaldo jurídico.

Outra característica reconhecida do *ius cogens* é seu efeito *erga omnes* : ele cria obrigações cujo descumprimento pode ser sancionado até por Estados cujos direitos não tenham sido violados. Um ponto controverso é, porém, quais tipos de sanções – como, por exemplo, represálias (contramedidas) militares – podem ser impostas, sem necessitarem de pressupostos especiais[39].

---

[34] Ver arts. 53 e 61 da CVTI.

[35] CIJ, Armed activities on the territory of the Congo. *ICJ Reports,* 2006, p. 32, § 64.

[36] CIJ, Barcelona Traction. *ICJ Reports,* 1970, p. 32.

[37] Ver ComIDH, *Michael Domingues vs. United States*, Rep. 62/02, case 12.285, § 85.

[38] ICTY, *Prosecutor vs. Furundzija*, case IT-95-17IT, 1998, § 144.

[39] Ressalve-se que os conceitos de *ius cogens* e de *obrigações "erga omnes*" são essencialmente diferentes, mas, ao mesmo tempo, interligados. CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. *46 ILM*, 2007, p. 188, § 185. Vide, acerca do último conceito: Ragazzi, M. *The concept of international obligations erga omnes.* Oxford: Clarendon Press, 1997.

## *b. Avisos práticos*

No que se refere à defesa de direitos humanos, parecem-nos importantes as seguintes observações:

A maioria dos DHI não possui *status* de *ius cogens*. Comprovar que um direito humano que não faz parte do grupo acima mencionado pertence a essa categoria de normas é um desafio considerável, porque os pressupostos para a formação de novo *ius cogens* são ainda mais restritos do que os do costume internacional "normal": é preciso comprovar uma prática quase universal, em conjunto com a opinião jurídica de que a norma tem qualidade de *ius cogens*. Além disso, é necessário distinguir minuciosamente entre a regra jurídica e as consequências da sua violação. Por exemplo, o *ius cogens* é muito citado no contexto de casos envolvendo violação de direitos humanos e a questão da imunidade do Estado e de um alto representante seu. Embora a proibição da tortura sistemática se trate de uma norma do *ius cogens*, isso não significa automaticamente a inaplicabilidade das regras tradicionais de imunidade estatal.

> No **Caso 6**, o Estado Y não pode deter o senhor A, ex-ministro do Estado X, com base na simples alegação de que seu regime violou *ius cogens*, isto é, praticou tortura sistemática. Muito mais que isso, ele tem que examinar a questão dos limites da imunidade estatal em casos de graves violações de direitos humanos. Até agora, a jurisprudência internacional tem tendido a aceitar a plena imunidade para chefes de Estado e membros de seus governos por atos cometidos em sua gestão[40]. No entanto, parece que se está estabelecendo uma prática estatal de aceitação de uma exceção à regra após o término dos mandatos[41]. Por isso, há também boas razões para se sustentar que o senhor A pode ser processado pelo Estado Y.

Observe-se, enfim, que as normas do *ius cogens* requerem um trato responsável, pois seu uso excessivo, ou mesmo abusivo, pode resultar em sérios danos a esse conceito importante, mas ainda frágil. De outro lado se constata, em particular no que se refere

---

[40] CIJ, Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Rep. of Congo vs. Belgium*). *ICJ Reports,* 2002, p. 3, § 24 ss. Mas vide também os votos especiais dos juízes Higgins, Koojimans e Buergenthal.

[41] Indicadores são, apesar dos votos especiais, as decisões e observações nos casos Pinochet e Milosevic, assim como nos casos sobre a condenação do ex-membro do governo da República Democrática da Alemanha. Vide, para uma visão geral atual sobre essa problemática: McGregor, L. State immunities and jus cogens, *55 ICLQ,* 2006, p. 437.

ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, uma crescente disposição a se estender e concretizar o grupo de DHI que valem como *ius cogens*[42].

## 3. Direitos humanos valendo como costume internacional

O número de DHI que valem como costume internacional é considerável, tanto que é impossível elaborar uma lista exata. Isso tem a ver com o fato de que é, na verdade, mais exato dizer que um determinado conteúdo de um direito humano – uma obrigação específica – possui este *status*.

Pertencem a esse grupo, apesar das garantias acima citadas como exemplos de *ius cogens*, aquelas que vetam a promoção e a tolerância da aplicação sistemática de violência contra indivíduos e sua integridade física: as proibições de execuções sumárias e arbitrárias, a proibição de deixar pessoas desaparecerem e a proibição de tratamento cruel, desumano ou degradante. Além disso, podemos incluir as piores formas de discriminação, em especial a discriminação racial.

Para fins práticos, recomenda-se escolher a lista mais extensa disponível para depois comparar o "candidato" escolhido com outros documentos e manifestações. A esse respeito, a lista elaborada pelo Comitê de Direitos Humanos (CeDH) é um bom ponto de partida e representa, além disso, uma boa referência[43]. De acordo com essa lista devem gozar de *status* de costume internacional: as proibições de privar pessoas da liberdade de expressão, de consciência e de religião; a presunção de inocência; de proibir adultos de se casarem ou de negar a minorias o direito à sua própria vida cultural, a praticar sua própria religião e seu próprio idioma.

Como Kälin e Künzli observam, nenhum direito econômico, social ou cultural individual parece ter passado, até agora, para a categoria de costume internacional[44].

# III. Princípios gerais de direito

Tratados internacionais e costume internacional não são as únicas fontes formais das quais emana o Direito Internacional Público. Em particular, o art. 38 do Estatuto da CIJ determina como fonte adicional "clássica" os "princípios gerais de direito"[45]. Trata-se de princípios que fazem parte de quase todas as ordens jurídicas,

---

[42] Ver também a análise crítica de: Newman, G. L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. 19 *EJIL*, 2008, p. 101.

[43] CeDH, General Comment n. 24 (1994), § 8. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>. Acesso em: 2 fev. 2009.

[44] Kälin, W.; Künzli, J., *Universeller Menschenrechtsschutz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005, n. 3, p. 76.

[45] A referência aos "princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas" carece de sentido.

como, p. ex., o princípio da proporcionalidade e da perempção[46]. A função principal dessa fonte é fechar lacunas jurídicas na ordem internacional por meio do direito internacional comparado.

No que se refere ao DIDH, Simma e Alston fizeram uma proposta interessante, isto é, tratar os DHI não codificados como princípios gerais do direito[47]. Essa ideia se baseia na observação (correta quanto aos direitos civis e políticos) de que quase todas as constituições nacionais já protegem direitos humanos. Reconhecê-los como princípios gerais teria uma grande vantagem prática: tornaria desnecessária a preocupação com a prova dos elementos constitutivos do costume internacional, em particular com a prova da *opinio iuris*. Todavia, isso implicaria também, como Kälin e Künzli destacam com razão, um sério risco: construir direitos humanos sem alguma forma de consentimento dos sujeitos originais do Direito Internacional Público – os Estados – dificultaria a luta por sua melhor aceitação e realização[48]. No mais, observa-se que os princípios gerais normalmente não dispõem de conteúdo e de consequência jurídica suficientemente determináveis que permitissem a derivação de reivindicações e obrigações concretas. Portanto, resultado de tal noção poderia ser uma diluição da proteção dos direitos humanos individuais. Outra objeção é a advertência de que o recurso aos princípios gerais de direito normalmente requer a constatação de uma lacuna jurídica despropositada pelos Estados – o que é muitas vezes difícil de provar.

Diante desse pano de fundo, não parece recomendável defender a posição de que um determinado direito humano valeria como princípio geral de direito, embora haja uma correspondente tendência na doutrina. De outro lado, é necessário não confundir as fontes dos DHI com a possibilidade de se generalizar certas obrigações que emanam dos DHI. Exemplo disso é o princípio geral da não discriminação.

## IV. Fontes auxiliares: decisões judiciais e a doutrina

Por fim, merecem breve menção, por conta do seu significado prático, as fontes auxiliares do Direito Internacional Público. Trata-se, conforme a formulação do art. 38 (1, d) do Estatuto do CIJ, das "decisões judiciais e [d]a doutrina dos juristas mais qualificados das diversas nações". Como o manuseio de decisões judiciais já foi suficientemente explicado acima, bastam aqui algumas anotações sobre as doutrinas dos publicistas de maior peso.

---

[46] Hobe, S. *Einführung in das Völkerrecht.* 8. Aufl. Tübingen: UTB, 2008, p. 196.

[47] Simma, B.; Alston, P. The sources of human rights law: custom, jus cogens and general principles. *AusYBIL*, 1992, p. 82.

[48] Kälin, W.; Künzli, J. *Universeller Menschenrechtsschutz.* Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 81.

Primeiramente, é óbvio que a seleção dos títulos requer certa experiência acadêmica no campo do Direito Internacional Público, pois pressupõe o conhecimento das obras fundamentais. Em razão da extensão dessa disciplina jurídica, que hoje se subdivide em várias áreas de especialização, entre elas o DIDH, essa tarefa tornou-se ainda mais difícil.

Além disso, trata-se também de uma "questão de gosto". Mas atenção: isso não significa uma *carte blanche* quanto às referências bibliográficas, que sempre ficarão como indicador da qualidade do trabalho realizado. Recomenda-se, por isso, fazer referência aos autores dos "grandes comentários" publicados pelas editoras internacionalmente reconhecidas – geralmente publicações em inglês –, assim como a artigos lançados pelas revistas jurídicas mais destacadas. Isso porque os autores que divulgam seu trabalho por esses meios exercem mais influência que outros sobre o discurso jurídico na área do Direito Internacional Público.

Ainda resta apontar para a Parte 4 ("Pesquisa"), que oferece uma lista de obras básicas no campo dos direitos humanos, inclusive comentários e revistas (acessíveis pela internet). Aliás, observa-se que o art. 38 (2) do Estatuto da CIJ faz menção, como método de raciocínio jurídico, à possibilidade de se decidir *ex aequo et bono*. Trata-se de uma autorização da Corte para se utilizar a equidade, sob certos pressupostos, para se interpretar um determinado caso em conformidade com os princípios de justiça. Assim, não se trata nem de uma fonte do Direito Internacional Público nem de um meio auxiliar, e, por isso, não necessita ser exposto em detalhes aqui[49].

## V. Resumo

**As fontes "clássicas" do DIP**

**Fontes primárias:**

- Tratados internacionais
  - Delimitação de documentos sem força vinculante
- Costume internacional
  - *Ius cogens*
- Princípios gerais do direito
  - Como fonte de direitos humanos?

[49] Cf. Hobe, S. *Einführung in das Völkerrecht*. 9. Aufl. Tübingen/Basel: UTB, 2008, p. 198.

**Fontes auxiliares:**

- Decisões judiciais
- Doutrina dos publicistas do maior peso

**Informações úteis na internet:** A biblioteca jurídica da University of Califórnia – Berkeley oferece no seu sítio uma guia referente a "Researching Customary International and Generally Recognized Principles". Ela inclui explicações úteis acerca do papel das decisões judiciais e da doutrina (<http://www.law.berkeley.edu/library/classes/iflr/customary.html>). Outra fonte de informação recomendável nesse contexto é o sítio do Globalex da New York University. Lá, Silke Sahl expõe "Researching customary international law, State practice and the pronouncements of States regarding international law" (disponível em: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Customary_International_Law.htm>).

## § 5 Os pressupostos gerais de aplicação de tratados de direitos humanos

**Sumário:**


I. Âmbito de validade material (*rationae materiae*)
   1. Aplicabilidade de tratados internacionais de DH na ordem jurídica doméstica
   2. Reservas
II. Âmbito de validade temporal (*rationae temporae*)
   1. Denúncia
   2. Suspensão
      a. Pressupostos materiais
      b. Pressupostos formais
      c. Avisos práticos
   3. Excurso: o relacionamento entre o DIDH e o DIH
III. Âmbito de validade territorial (*rationae loci*)
   1. O conceito da "jurisdição"
   2. Os princípios
   3. Casos controversos
IV. Resumo

**Bibliografia:** Cançado Trindade, A. A. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: S. A. Fabris, 2003; Heintze, H.-J. On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law. IRRC, 2004, p. 789; Lorenz, D. *Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte*. Berlin: BWV, 2005; McGoldrick, D. The interface between public emergency powers and international law. *International Journal of Constitutional Law,* 2004, p. 380; Moloney, R. Incompatible reservations to human rights treaties. *Melbourne Journal of International Law*, 2004, p. 155; Simma, B. Reservations to human rights treaties: some recent developments. In: Hafner, G. et al. (Ed.). *Festschrift für I. Seidl-Hohenfeldern.* The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 649; Stewart, D. P. The covenant on civil and political rights: the significance of the reservations, understandings and declarations. *HRLJ*, 1993, p. 77.

**Caso 1:** O Presidente do Estado X aproveita uma conferência internacional sobre direitos humanos para assinar em público o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc). Uma semana mais tarde, ele declara que seu Estado não pretende se tornar Estado-Parte desse acordo. Estaria o Estado X mesmo assim obrigado pelo Pidesc?

**Caso 2:** O Estado Y quer ratificar o Protocolo Facultativo relativo ao PIDCP que prevê a competência do CeDH para examinar comunicações individuais. Contudo, o Estado Y quer excluir, por meio de uma reserva, a possibilidade de pessoas condenadas à morte recorrerem ao Comitê. Seria tal reserva admissível?

**Caso 3:** Y é Estado-Parte do PIDCP, mas quer denunciá-lo. Seria possível?

**Caso 4:** O Estado Y declara estado de emergência e, com isso, a suspensão temporária da liberdade de associação. Ele é Estado-Parte da ConvADH, cujo art. 16 protege essa liberdade. Estaria o Estado Y violando a ConvADH?

**Caso 5:** Como no caso 4, mas com a diferença que o Estado Y declara a suspensão da proibição da tortura, art. 5º (2) da ConvADH.

**Caso 6:** O senhor A é cidadão do Estado B e se encontra detido numa "zona transitória" no aeroporto internacional do Estado X. As condições nela são incompatíveis com a proibição de tratamento desumano do art. 7 do PIDCP – acordo ratificado por X. O advogado do senhor A quer responsabilizar o Estado X pela violação dessa garantia. O Estado X, porém, alega que a "zona transitória" estaria fora da sua jurisdição, porque seria "extraterritorial". Teria razão o Estado X?

**Caso 7:** O Estado X participa de uma missão de paz da ONU no Estado Y. Durante uma operação, um soldado do Estado X tortura um cidadão do Estado Y. O Estado Y quer responsabilizar o Estado X por conta da violação de direito humano. O Estado X recusa qualquer responsabilidade e alega que o ato teria sido cometido fora da sua jurisdição e autoridade. Tratar-se-ia de um acontecimento no contexto de uma missão da ONU e não do próprio Estado. Seria o Estado X, mesmo assim, responsável pelo ato cometido pelo soldado?

Para poderem servir como fundamento de pretensão, as garantias contidas em tratados de direitos humanos precisam ser aplicáveis. Isso nem sempre é o caso. São possíveis restrições dos seus âmbitos de validade material, temporal, assim como territorial.

Portanto, a defesa dos DHI necessita se ocupar com os pressupostos gerais de aplicação desses acordos internacionais. Embora eles se submetam a princípio às regras gerais do Direito Internacional dos Tratados Internacionais, os tratados de direitos humanos mostram uma série de particularidades. Este capítulo busca explicar quais.

## I. Âmbito de validade material (*rationae materiae*)

Aplicáveis são, a princípio, aqueles tratados que já entraram em vigor, em particular para o Estado culpado de uma violação de direitos humanos. Quando e sob quais condições isso acontece depende, em primeiro lugar, da vontade das partes do tratado. Usualmente, eles regulam esse pormenor em uma cláusula contratual.

No que se refere aos tratados de direitos humanos, como tratados multilaterais, é frequentemente prevista a sua entrada em vigor após o depósito de um determinado número de diplomas de ratificação em uma instituição designada para exercer a função de depositário, como, por exemplo, o Secretário-Geral da ONU[50]. Nos casos em que não é regulado esse pormenor, aplicam-se as regras gerais estipuladas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVTI), de 1969, em particular, o seu art. 24, cujo § 2 exige o consentimento formal de todos os Estados-Partes.

A verificação desse pressuposto básico raramente causa problemas práticos e pode ser realizada, sem muito custo, por meio da internet. Entre os vários sítios

[50] Vide, por exemplo, o art. 49 do PIDCP, o art. 27 do PIDESC, o art. 27 do CCT, o art. 49 da CDC e o art. 74 da ConvADH.

que informam sobre a entrada em vigor dos tratados universais de direitos humanos e seus Estados-Partes recomenda-se o do *Office of the UN High Commissioner of Human Rights* (busque o botão "ratification status")[51]. No que se refere aos acordos do sistema interamericano de direitos humanos, é particularmente útil o sítio da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*[52].

Quem visitar um desses sítios observará que as respectivas listas distinguem os atos da assinatura dos de ratificação. A razão é a seguinte:

Pela assinatura, os Estados declaram o texto negociado "congelado" e sua prontidão de iniciar os procedimentos domésticos necessários para receber a autorização do legislador para se obrigar internacionalmente por ratificação do acordo internacional[53]. A única obrigação jurídica internacional criada pela assinatura é a de não frustrar o objetivo e a finalidade do tratado antes de sua entrada em vigor[54]. Isso significa que um Estado que, por qualquer razão, perdeu a vontade de ratificar um acordo internacional tem que se manifestar nesse sentido, para não correr o risco de violar essa obrigação. O princípio *pacta sunt servanda* ainda não se aplica[55].

Portanto, o ato com que os Estados se tornam contratantes é o da ratificação, pois ela é (junto com o ato de deposição do diploma) o comunicado oficial de que o acordo é considerado vinculativo (o que implica, regularmente, como ainda vamos ver, sua transformação no direito doméstico)[56]. A assinatura meramente indica a pretensão de um Estado de ratificar o tratado internacional.

> No **Caso 1**, o Estado X assinou o Pidesc e depois declarou, de modo claro, que jamais o ratificaria. Portanto, ele não é obrigado por esse acordo.

## 1. Aplicabilidade de tratados internacionais de DH na ordem jurídica doméstica

No mais, distingue-se entre a aplicabilidade de um tratado de DH no plano internacional e no plano nacional. Como cabe aos órgãos internacionais de proteção de DH fiscalizar o cumprimento das obrigações internacionais de um determinado instrumento, sua competência para aplicá-lo a princípio resta óbvia. No plano

---

51 Disponível em: <http://www.unhchr.ch/pdf/report.pfd>. Acesso em: 10 dez. 2008.

52 Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic.TOC.htm>. Acesso em: 10 dez. 2008.

53 Art. 14 da CVTI.

54 Art. 18 da CVTI.

55 Art. 26 da CVTI.

56 Brownlie, *Principles of public international law,* cit., 2008, p. 31; Hobe, S. *Einführung in das Völkerrecht.* 9. Aufl. Köln: UTB, 2009, p. 219.

nacional, porém, em que instituições nacionais decidem principalmente com base nas leis criadas pelo legislador doméstico, tal competência é menos evidente, mesmo que o Estado haja ratificado o respectivo tratado. Sua competência para aplicar e interpretar direito refere-se, principalmente, à ordem jurídica nacional. Assim, coloca-se a questão sobre o relacionamento entre as ordens internacional e nacional e os pressupostos para a vigência dos tratados internacionais na última. Como o Direito Internacional Público deixa sua regulação a critério dos Estados soberanos, existem modelos diferentes para respondê-la[57].

Por um lado, há constituições que partem da ideia de que direito internacional e direito estatal formam uma ordem jurídica uniforme (*monismo*). Algumas delas aceitam a primazia do Direito Internacional Público, outras estipulam a do direito estatal. Mais frequentemente, porém, elas contêm um compromisso entre essas duas posições radicais.

Por outro lado, a maioria dos documentos constitucionais considera o direito internacional e nacional como duas ordens jurídicas autônomas (*dualismo*). Nessa constelação não se coloca a questão da primazia, mas é preciso questionar sob quais condições as normas do direito internacional podem ser executadas na esfera interna dos Estados. Enquanto alguns legisladores optaram por uma posição amigável ao direito internacional – por exemplo, por aceitarem uma incorporação automática de suas normas na ordem jurídica doméstica –, outros pressupõem um ato jurídico, como, p. ex., uma lei de aprovação, para que se declare a aplicabilidade do acordo internacional na esfera interna.

No que se refere ao Brasil, o § 3º do art. 5º da Constituição Federal (CF) prevê que tratados internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais[58]. Entretanto, o significado desse parágrafo está sujeito a ampla controvérsia. Ela não pode ser exposta com detalhe aqui[59]. Quanto aos tratados de direitos humanos que não satisfazem esses recém-estipulados requisitos, o Supremo Tribunal Federal entende de que valem como normas supralegais[60].

---

[57] Vide, por exemplo, Vereshchetin, V. S. New Constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law. 7 *EJIL,* 1996, p. 29; Wildhaber, L.; Breitenmoser, S. The relationship between customary international law and municipal law in Western European countries. 48 *ZaöRV,* 1988, p. 163.

[58] Vide o art. 5º na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004. Vide, para detalhes: Moraes, A. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas 2006, p. 626 e ss.

[59] Cf. Gomes, L.F.; Mazzuoli, V. de Oliveira. *Direitos das pessoas com deficiência*: a convenção ainda não vale como emenda constitucional. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12204>. Acesso em: 2 abr. 2009.

[60] STF, HC 87.585-TO e RE 466.343-SP, 3 de dezembro de 2008.

É importante saber, por um lado, que a Constituição brasileira segue o modelo dualista. Portanto, os tratados internacionais sobre direitos humanos não são automaticamente aplicáveis, mas precisam ser transformados na esfera legal interna. Isso é normalmente efetivado por meio do decreto presidencial[61].

Por outro lado, é necessário distinguir entre a aplicabilidade geral de um tratado de direitos humanos, seja no plano internacional, seja no plano nacional, e a aplicabilidade imediata de suas garantias. Há normas cujo conteúdo ainda carece de certeza suficiente e, por isso, precisam ser concretizadas pelo legislador, para serem aplicadas pelos tribunais, de um ato de transformação. Isso significa, como ainda vamos aprofundar nos §§ 3 e 5, que nem todos os direitos garantidos nessas codificações criam obrigações diretas *vis-à-vis* o indivíduo. Muito mais, há normas *self-executing* (imediatamente aplicáveis) e *non-self-executing*[62].

## 2. Reservas

Estados que não querem ou não podem aceitar a validade de um determinado dispositivo, mas pretendem tornar-se Estados-Partes, podem excluí-lo por meio de uma reserva. De acordo com o art. 2º (1, d) do CVTI, entende-se por reserva

> [...] uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.

A consequência de uma reserva é a modificação unilateral do conteúdo material do tratado. Trata-se de um instrumento que estabelece que as obrigações contratuais contidas num tratado internacional não são as mesmas para suas partes.

Portanto, é importante para o defensor de direitos humanos verificar se o Estado que se busca responsabilizar restringiu o âmbito material de validade da garantia em questão. Essa informação também se obtém facilmente pela internet, normalmente nos mesmos sítios que disponibilizam os textos dos tratados e seu *status* de ratificação[63].

Observe-se, porém, que nem toda declaração escrita que parece ser uma reserva de fato é. Muito mais, pode também se tratar de uma "declaração interpretativa" com

---

[61] Vide sítio da Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/quadros.htm>. Acesso em: 10 dez. 2008.

[62] Cf. CeDESC, General Comment n. 3 (1990), § 5.

[63] Vide, retro, § 4, I, 3.

a qual um Estado articula meramente uma determinada interpretação do texto do acordo, sem querer modificá-lo. A delimitação entre reserva e declaração interpretativa causa muitas vezes problemas. É preciso determinar a respectiva vontade do Estado mediante interpretação[64].

Uma vez identificada uma reserva, é preciso recordar que a utilização desse instrumento é restringida pelo Direito Internacional Público. Se os Estados pudessem fazer reservas como quisessem, em particular quanto ao objetivo e conteúdo principal de tratados de direitos humanos, isto é, proteger a pessoa humana, este correria o risco de ser minado[65].

Diante desse pano de fundo, o art. 19 da CVTI, que representa costume internacional[66], não só declara inadmissível uma reserva proibida pelo tratado, mas também aquela "incompatível com o objeto e a finalidade do tratado". Portanto, a verificação da admissibilidade de uma reserva sempre começa com a leitura do texto do tratado. Mesmo que haja regulamento dessa questão, é mister considerar a compatibilidade da reserva com o objeto e a finalidade do tratado.

No que se refere aos tratados de direitos humanos, proibições absolutas de reservas, como previsto no art. 30 do Protocolo Facultativo à CCT, são raras. Outros acordos, como ambos os Pactos Internacionais, sequer mencionam a possibilidade de se fazer reservas. Nesses casos, sua admissibilidade depende inteiramente de sua compatibilidade com o objeto e a finalidade do tratado.

Por vezes, o objeto e a finalidade de um tratado são estipulados *expressis verbis* pelos Estados-Partes, nos artigos introdutórios[67], mas muitas vezes não. Ao menos no que se refere aos tratados de direitos humanos, é evidente que eles servem para a proteção e promoção dos direitos mais fundamentais de indivíduos. A despeito disso, reservas podem ser legítimas e os Estados, com muita certeza, apresentarão todos os argumentos disponíveis para defender sua admissibilidade. Portanto, é importante para o defensor de direitos humanos procurar os melhores argumentos contra a admissibilidade da reserva e antecipar os argumentos em favor dela.

---

[64] As regras básicas da interpretação de tratados de direitos humanos serão expostas no § 9.

[65] Infelizmente, várias convenções de direitos humanos mostram um número de reservas extremamente alto, como, por exemplo, a CEDM e a CDC. Vide Schabas, W. Reservations to the Convention on the Rights of the Child. 18 *HRQ,* 1996, p. 472.

[66] Cf. CIJ, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. *ICJ Reports*, 1951, p. 15.

[67] Vide, por exemplo, o art. 1º do Protocolo Facultativo à CCT e o art. 1º da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

Uma ajuda preciosa nesse respeito oferece o Comentário Geral n. 24 do CeDH que versa sobre reservas ao PIDCP[68]. Sua leitura é recomendável, uma vez que ele é rico de exemplos e explicações. Em especial, ele demonstra a inadmissibilidade das reservas referentes a garantias que vigem como costume internacional e/ou *ius cogens*[69].

> No que se refere ao **Caso 2**, o CeDH decidiu ser incompatível com o objeto e a finalidade do primeiro Protocolo Facultativo relativo ao PIDCP uma reserva excluindo queixas individuais por pessoas condenadas à morte.[70]

Por fim, observe-se que a consequência jurídica de reservas inadmissíveis é controversa. É de se perguntar se o Estado que fez a reserva inadmissível agora seria obrigado pela cláusula que ele não queria aceitar. Claro que vários Estados não concordam com tal noção. Para se proteger contra tal efeito, alguns Estados adotaram a posição de que já faltaria de início a competência dos respectivos órgãos de proteção dos direitos humanos para examinar essa questão. A CeDH, a CorteIDH, assim como a CorteEDH, contudo, rejeitam essa opinião[71]. Com muita razão, eles sustentam que Estados que fizeram reservas inadmissíveis são plenamente obrigados pelo acordo.

## II. Âmbito de validade temporal (*rationae temporae*)

Restrições no âmbito de validade de um tratado internacional de direitos humanos são também possíveis em sentido temporal. Por um lado, os Estados podem a princípio denunciar um acordo internacional e assim excluir suas obrigações de maneira definitiva para o futuro. Por outro lado, eles podem, como medida temporária, suspender determinadas garantias. Importante é saber sob quais pressupostos podem os Estados optar por tais meios.

---

[68] CeDH, General Comment n. 24 (1994). Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. Acesso em: 5 fev. 2009.

[69] Idem, § 8.

[70] CeDH, *Kennedy vs. Trinidad and Tobago*, com. n. 845/1998, de 26 de março de 2002, § 6.

[71] Idem. Cf., no mais, CeDH, General Comment n. 24 (1994), § 18; CorteEDH, *Belilos vs. Switzerland*, judgement of 29 of april 1988, Ser. A, n. 132, § 50; CorteIDH, *Advisory opinion on the effect of reservations on the entry into force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75)*, OC-2/82, September 24, 1982, § 13.

## 1. Denúncia

O Direito Internacional Público reconhece o princípio da liberdade de contratação e, consequentemente, concede aos contratantes de um tratado internacional o direito a denunciá-lo. Às vezes, as partes do contrato têm regulada essa questão[72]. Portanto, é mais uma vez necessário estudar o texto do tratado.

Nos casos em que não há tal cláusula, aplicam-se, como já sabemos, as regras gerais da CVTI de 1969, e, em especial, o seu art. 63 (1) que prevê o princípio da indenunciabilidade. Só em dois casos ele permite a denúncia de um tratado internacional: "a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia [...], ou b) um direito de denúncia [...] possa a ser deduzido da natureza".

Exemplo para um tratado de direitos humanos é a ConvADH[73]. No que tange a tratados internacionais de direitos humanos não contendo uma cláusula de denúncia[74], depreendem-se geralmente poucas razões para justificar a suposição de que sua natureza permitiria a denúncia. Contudo, trata-se de uma questão que não pode ser decidida abstratamente, mas depende da interpretação no caso específico. A forma como tratados de direitos humanos devem ser interpretados será exposta no § 9.

> No que se refere ao **Caso 3**, o CeDH manifestou sua opinião de que a denúncia do PIDCP é inadmissível[75]. Portanto, o Estado Y estaria a princípio impedido de se liberar das suas obrigações por ato unilateral.

## 2. Suspensão

No mais, os Estados podem, durante situações excepcionais que abalem o seu funcionamento regular, suspender temporariamente uma série de obrigações contratuais. Usualmente, os Estados-Partes especificam no tratado sob quais pressupostos tal medida drástica é admissível. Em tratados internacionais de direitos humanos, são as cláusulas chamadas de derrogação 📄 que versam sobre essa problemática. Elas estabelecem, para limitar a possibilidade do seu abuso – exemplos de tais tentativas são numerosos –, pressupostos formais e materiais que permitem determinar a legitimidade e, mais importante, a legalidade da suspensão de direitos humanos.

---

72 Vide, por exemplo, art. 58 da ConvEDH.

73 Vide o art. 78 da ConvADH.

74 Exemplos: o PIDCP e o PIDESC.

75 CeDH, General Comment n. 26, §§ 1-3.

## *a. Pressupostos materiais*

O termo "emergência pública" não está definido pelo Direito Internacional Público. Abrange a princípio situações cuja natureza é *objetivamente* excepcional e, por isso, pode justificar, por tempo limitado e se absolutamente necessário, medidas extraordinárias[76]. Exemplos para tais situações que as cláusulas de derrogação mencionam são guerras, outros conflitos armados ou determinados distúrbios internos.

Observa-se que as cláusulas de derrogação procuram qualificar, para garantir mais segurança jurídica, sob quais condições se dá um "verdadeiro" estado de emergência. Para isso, o art. 27 da ConvADH pressupõe uma "ameaça à independência ou segurança do Estado-Parte". De modo semelhante, embora um pouco diferente, o art. 4 do PIDCP exige uma "ameaça à existência da nação" – o que mais ou menos significa que a população inteira ou, pelo menos, uma parte significativa dela tem de ser atingida por um evento que impossibilite a convivência regular[77].

Ressalva-se, ainda, que essas cláusulas são resultado, antes de mais nada, de negociações entre Estados. Sua formulação muitas vezes "esponjosa" revela que eles tentaram conceder a si próprios um considerável espaço de discricionariedade, para poderem ficar "donos da situação". No entanto, é a tarefa dos órgãos internacionais competentes de monitoramento fiscalizar e questionar a legalidade das medidas tomadas pelos Estados com base na avaliação da situação dada no caso concreto. Portanto, quando a existência de uma situação de derrogação esteja em disputa perante instituições internacionais, o que importa é a análise dos fatos apresentados, assim como dos não mencionados para justificar a restrição da validade dos direitos humanos. No mais, o defensor dos direitos humanos deve estudar a interpretação da cláusula de derrogação pela jurisprudência do respectivo órgão e também comparar a situação dada com outro *case law*, para desenvolver fortes argumentos. Um meio auxiliar precioso a esse respeito – e também uma boa referência – é o Comentário Geral n. 29 (2001) do CeDH[78].

Enfim, observa-se que é habitualmente o princípio da proporcionalidade que decide sobre a admissibilidade das medidas tomadas. É preciso examinar *cada medida singular* à luz dos pressupostos da cláusula de derrogação.

---

[76] Cf. Schilling, T. *Internationaler Menschenrechtsschutz:* Universelles und europäisches Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 36.

[77] Idem.

[78] Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. Acesso em: 2 fev. 2009. Quanto à problemática de se suspenderem direitos econômicos, sociais e culturais, vide Comentário Geral n. 3 (1990) do CeDesc, § 10. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>. Acesso em: 2 fev. 2009.

Além disso, há direitos humanos que jamais podem ser suspensos, porque tal medida seria sempre desproporcional. Esses direitos são fixados pelas cláusulas de derrogação como direitos humanos "não derrogáveis". Nem sempre são os mesmos direitos. Quem lê, por exemplo, o art. 27º (2) da ConvADH, vai descobrir que ele é mais abrangente do que o art. 4º (2) do PIDCP. Direitos não derrogáveis que praticamente todas as cláusulas de derrogação têm em comum são o direito à vida, a proibição da tortura e da escravidão e servidão, assim como o princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*) e da não discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

Outro pressuposto de suspensão é a compatibilidade das medidas tomadas pelo Estado com "as demais obrigações que lhe impõe o direito internacional"[79]. Pertencem a essas obrigações aquelas estipuladas pelo costume internacional e, em particular, pelo *ius cogens*. Desse modo, pode ser estendido o círculo de garantias não derrogáveis não explicitamente estipuladas. Além disso, podem se tornar relevantes outros tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado derrogador que estipulam pressupostos mais restritos do que o do acordo em questão.

> No **Caso 5**, o Estado X é impedido de declarar suspensa a proibição da tortura do art. 5º (2) da ConvADH. O art. 27º (2) determina sua não derrogabilidade. Além disso, trata-se de uma garantia que goza de *status* de costume internacional e até de *ius cogens*[80].

Observa-se, enfim, que nem todos os tratados de direitos humanos contêm uma cláusula de derrogação. Nesses casos, aplicam-se as Regras Gerais da Responsabilidade Internacional do Estado. Elas reconhecem a possibilidade de se declarar um "estado de necessidade", mas também estabelecem pressupostos para isso[81].

### *b. Pressupostos formais*

No aspecto formal, algumas cláusulas de derrogação exigem que o estado de emergência seja oficialmente proclamado[82]. Desse modo devem ser assegurados a legalidade da administração e o princípio de legalidade em tempos em que direitos humanos correm sério risco de serem violados.

---

79 Vide o art. 27º (1) e (2) da ConvADH e o art. 4º do PIDCP.

80 ICTY, *Prosecutor vs. Furundzija*, case IT-95-17IT, 1998, § 144.

81 Vide, em particular, art. 25 do ILC. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_6.htm>. Acesso em: 10 fev. 2009.

82 Vide art. 4º (1) do PIDCP. Pressuposto não expressis verbis previsto pelo art. 27º da ConvADH.

Obrigação que todas essas cláusulas estipulam é informar aos outros Estados-Partes, por intermédio de um determinado órgão internacional – por exemplo, o Secretário-Geral da ONU ou da OEA –, imediatamente sobre que direitos foram suspensos, por que e previsivelmente por quanto tempo. O dever de relatar facilita o trabalho dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. Em combinação com outras fontes de informação, eles analisam se a respectiva situação realmente justifica a suspensão (continuada) das garantias em questão.

> No **Caso 4**, o Estado Y meramente declarou o estado de emergência, mas não o notificou, como previsto no art. 27º (3) da ConvADH, de modo formalmente correto ao Secretário-Geral da OEA. Embora se trate a liberdade de associação, de acordo com o art. 27º (2) da ConvADH, de uma garantia derrogável, ela não foi suspensa de modo admissível.

### *c. Avisos práticos*

Por vezes, os Estados suspendem direitos humanos sem tornar essa medida (formalmente) transparente. Portanto, pode ser necessária, dependendo das circunstâncias concretas, a consideração da possibilidade de uma suspensão secreta, o que é sempre inadmissível.

Como os pressupostos de derrogação diferem em alguns detalhes importantes, o trabalho com o teor das cláusulas e o estudo da sua interpretação pelo órgão de monitoramento responsável é fundamental. Caso falte tal jurisprudência, é preciso, como já dito, fazer estudos comparativos para verificar a possibilidade de se importar a jurisprudência de outros órgãos de monitoramento[83].

Os documentos oficiais informando sobre as medidas tomadas pelo Estado devem ser lidos com muita atenção e precaução. Eles nem sempre correspondem à realidade. Portanto, a leitura de relatórios autônomos e confiáveis é indispensável para que se possa ter uma ideia mais precisa da situação real.

## 3. Excurso: o relacionamento entre o DIDH e o DIH

Como vimos, direitos humanos podem ser suspensos, em especial, em tempos de guerra 📄 e de outros conflitos armados 📄, internacionais ou não internacionais. O regime jurídico que regula essas situações é o Direito Internacional Humanitário (DIH),

---

[83] Muito recomendável como ponto de partida é o artigo de D. McGoldrick, The interface between public emergency powers and international law (*International Journal of Constitutional Law,* 2004, p. 380).

também chamado de "Direito (Internacional) dos Conflitos Armados". Ele abrange não só regras e princípios que procuram limitar, pela proibição de certos métodos e meios de combate, o uso da violência pelas partes do conflito, mas também garantias referentes à proteção de pessoas e bens afetados pelas hostilidades. Assim, coloca-se a questão do relacionamento entre o DIDH e o DIH.

A noção que hoje prevalece na jurisprudência[84], assim como na doutrina, é a de que os direitos humanos mantêm-se a princípio aplicáveis durante uma guerra ou outro conflito armado[85]. São, em particular, as cláusulas de derrogação que favorecem essa noção. Consequência disso é a aplicabilidade cumulativa do DIDH e do DIH. Como as regras do DIH são a princípio de natureza especial, as normas do DIDH precisam ser interpretadas à luz delas. Exemplo é o direito à vida. Como se sabe, o DIH concede aos combatentes o direito (limitado) de matar outros combatentes[86], enquanto, em tempo de paz, matar uma outra pessoa é proibido. Portanto, o direito à vida tem outro conteúdo durante conflitos armados.

No entanto, a regra de que o DIH é *lex specialis* em relação ao DIDH também conhece exceções. Às vezes, o DIH não regula uma determinada situação, ou só o faz vagamente. Nesses casos, as obrigações decorrentes do DIDH podem servir para fechar a lacuna jurídica ou para concretizar a vigência de uma determinada situação jurídica[87].

Constata-se, enfim, que o manuseio prático dessas regras gerais no caso concreto causa muitas vezes problemas. Além disso, não menos problemática é a questão de sob quais condições se aplica o DIH, pois existe uma área cinza no que se refere à determinação de um conflito armado[88]. Trata-se de perguntas que não podem ser respondidas de forma abstrata, porque dos fatos dados no caso concreto depende a avaliação, se existe um conflito armado. Importante é tomar consciência de que conflitos armados não suspendem automaticamente tratados de direitos humanos. Muito mais, suas garantias continuam em vigor – aquelas não derrogáveis, sempre; as demais, até sua suspensão formal e materialmente legal. Mas é possível que seu conteúdo precise ser interpretado à luz do DIH.

---

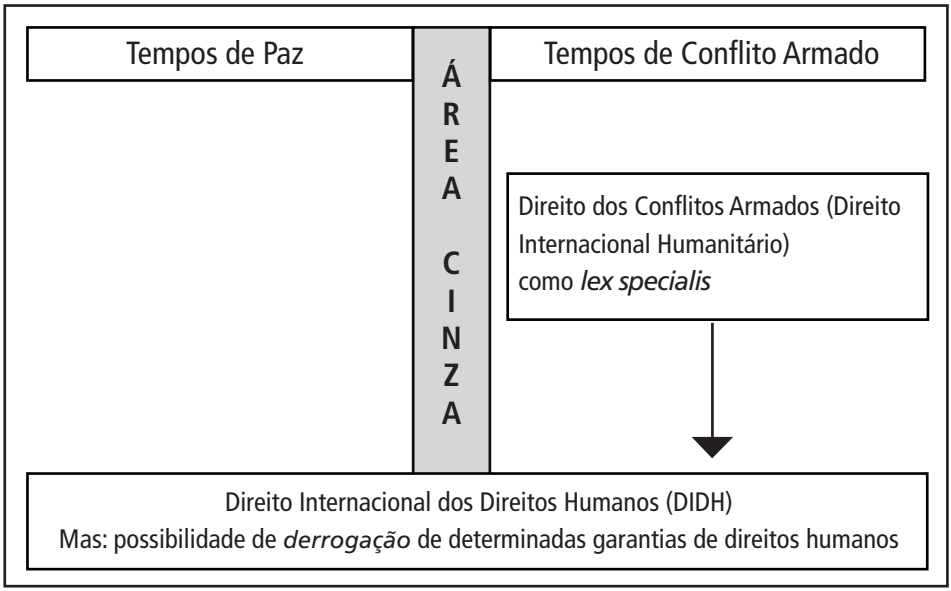
84 CIJ, Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons. *ICJ Reports*, 1996, p. 226, § 25.

85 Uma visão geral sobre as diferentes noções dá L. E. Borges em O *direito internacional humanitário* (Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 36 ss.).

86 Idem.

87 Kälin, W.; Künzli, J. *Universeller Menschenrechtsschutz.* Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 171.

88 Vide, por exemplo, para uma discussão sobre os perigos políticos e práticos de aplicar o DIH a situações de violência urbana extrema, como no Rio de Janeiro, S. Peterke, *Rio de Janeiros "Drogenkrieg" im Lichte der Konfliktforschung und des Völkerrechts* (Berlin: BWV, 2009).




## III. Âmbito de validade territorial (*rationae loci*)

Finalmente, coloca-se a questão sobre o âmbito de validade territorial dos tratados internacionais de direitos humanos, em particular no que tange aos tratados regionais. Será que seus Estados-Partes são obrigados a respeitá-los mesmo em territórios nacionais de Estados que não aderem a esses instrumentos?

### 1. O conceito da "jurisdição"

Observa-se, primeiramente, que a maioria dos tratados universais e regionais de direitos humanos inicia-se com uma "parte geral" versando sobre sua finalidade e deveres dos Estados. Regularmente, embora nem sempre[89], encontram-se também cláusulas definindo o âmbito de validade territorial do acordo. Às vezes, seu teor difere. Por exemplo, o art. 1º da ConvADH obriga os Estados-Partes a respeitar e garantir os direitos e liberdades "a toda a pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição"[90], enquanto o art. 2º do PIDCP fala de "todos os indivíduos que se acham em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição". Contudo, a noção aparentemente

[89] Vide, por exemplo, art. 2º do PIDESC.

[90] Semelhante: art. 1 da CONVEDH.

favorecida pelo teor do art. 2º de que os Estados-Partes do PIDCP tenham de obedecê-lo meramente dentro de suas próprias fronteiras é hoje amplamente rejeitada. Muito mais, é reconhecido que é meramente o conceito de "jurisdição" que determina o âmbito de validade territorial de tratados internacionais de direitos humanos. Embora os detalhes desse conceito ainda sejam controversos, existe um consenso mínimo sobre seu conteúdo básico, isto é, que ele não só implica obrigações dos Estados em relação a todas as pessoas que se encontram no seu território, mas também em relação àquelas que estão de outro modo sujeitas à sua *autoridade* soberana.

Em outras palavras: a jurisdição não necessariamente corresponde ao território nacional, mas pode-se estender fora dele[91]. Sob quais condições isso acontece exatamente é parte da controvérsia. Não obstante, já se formam uma série de princípios sobre a aplicabilidade extraterritorial dos tratados de direitos humanos.

## 2. Os princípios

Observe-se primeiro que a princípio são submetidos à esfera intraestatal de um Estado todos os indivíduos que se encontram no seu território nacional – sejam seus próprios cidadãos, sejam estrangeiros. Portanto, a jurisdição se estabelece com a presença física de uma pessoa na autoridade soberana de um Estado.

> Portanto, no **Caso 6**, a "zona transitória" no aeroporto claramente pertence à jurisdição do Estado X. Não importa se ele a considera ou até declara "extraterritorial". O Estado X é responsável pelo tratamento degradante de A, porque ele está sob seu poder.

Às vezes, porém, o Estado é impedido de exercer sua autoridade soberana no seu próprio território. Exemplo disso é ocupação de seu território nacional por tropas estrangeiras[92], seja por um ou mais Estados, seja por insurgentes. Nesse caso, o Estado não mais dispõe do controle efetivo do seu próprio território e, por isso, as violações de direitos humanos que acontecem fora da sua esfera de influência não podem ser imputadas a ele. Isso decorre das regras gerais da responsabilidade internacional do Estado[93].

---

[91] CeDH, General Comment n. 31 (2004), § 10. Vide também Nowak, M. *UN Covenant on Civil and Political Rights*: ICCPR Commentary. 2. ed. Kehl: N.P. Engel, 2005, p. 44.

[92] Vide CIJ, Legal consequences of the construction of a wall in the occupied territory. Advisory Opinion of 9 July 2004. *ILM,* 2004, p. 1009, § 107ss; CtEDH, *Isayeva vs. Russia*. Judgement of February 24, 2005.

[93] Vide capítulo 7.

Portanto, no **Caso 7**, constata-se que o Estado X continua a ser responsável pelos atos de seus agentes no exterior – nesse caso, pela violação de direito humano cometido por seu soldado no Estado Y. O fato de que o Estado X participa em uma missão de paz da ONU normalmente não tem consequências para essa avaliação[94]. Embora suas tropas atuem com autorização da ONU, elas ficam sob a sua autoridade efetiva.

Caso semelhante, que ilustra o significado do critério do controle, é o de diplomatas, serviços secretos ou outros agentes de um Estado estrangeiro que cometem assassinatos ou sequestros no exterior[95]. Nessas situações, o Estado assume controle físico sobre uma determinada pessoa ou situação fora do seu próprio território nacional. Contanto que os atos cometidos realmente possam ser imputados a ele, as obrigações emanadas de direitos humanos se aplicam extraterritorialmente.

Contudo, como ainda vamos ver[96], esse fato não necessariamente exclui a responsabilidade paralela de outros Estados. Razão principal para isso é que os direitos humanos não implicam somente a obrigação de respeitar, mas várias outras, como, em especial, a de proteger. No caso em que um Estado saiba da atuação ilegal de agentes estrangeiros no seu território, ou deveria saber (violação de diligência), mas decide não agir, embora fosse capaz de proteger a pessoa, ele também pode ser responsabilizado.

## 3. Casos controversos

Enquanto a aplicabilidade extraterritorial dos tratados internacionais de direitos humanos é geralmente aceita, alguns pormenores ainda são controversos. Isso vale, em primeiro lugar, para casos em que o critério de *controle efetivo* sobre pessoas ou uma situação é duvidoso. Como, em particular, as convenções regionais não são destinadas a serem aplicadas, de uma maneira não qualificada, no mundo inteiro, pergunta-se qual tipo de controle é necessário para estabelecer obrigações extraterritoriais.

---

[94] Vide, para detalhes acerca dos instrumentos legais regulando missões de paz: Klappe, B. Peace operations. In: Fleck, D. (Ed.). *The handbook of international humanitarian law*. 2. ed. Oxford: OUP, 2008, § 1305.

[95] Vide, por exemplo, CeDH, *Burgos/Delia Saldias de Lopez vs. Uruguay*, com. n. 52/1979 (1981), § 12.3; ComIDH, *Alejandre et al. vs. Cuba*, Case 11.589, Rep. 86/99, September 29, 1999.

[96] Vide capítulo 7.

Essa questão tornou-se relevante no caso *Bankóvic*[97], em que a CorteEDH tinha de decidir sobre a aplicabilidade da ConvEDH na Sérvia, que na época ainda não havia aderido a esse instrumento. Razão disso era o bombardeamento aéreo pela Otan, em 1999, que matou numerosos civis, entre eles, *Vlastimir e Borka Bankóvic*. A CorteEDH declarou a ação dos seus familiares inadmissível, porque as vítimas não se encontravam sob a jurisdição no sentido do art. 1º da ConvEDH. Assim, a corte pressupôs o controle apenas no sentido territorial *stricto sensu* e considerou insuficiente o controle da Otan sobre o espaço aéreo. Essa noção é criticada pela doutrina, em especial pela presumível omissão da CorteEDH na aplicação das regras gerais da responsabilidade internacional do Estado[98]. Contudo, de modo semelhante, a CIJ decidiu que as obrigações do Pidesc seriam "essencialmente territoriais"[99], assim aparentemente também optando por uma interpretação restritiva do critério de controle, mas sem negar sua aplicabilidade extraterritorial.

Ressalve-se, porém, que a jurisprudência acerca da concretização do conceito de jurisdição ainda está em processo de formação e que sua "correção" não é excluída[100]. No que se refere ao sistema interamericano de direitos humanos, até agora falta jurisprudência refletindo sobre seus limites de jurisdição. Contudo, parece haver um primeiro caso que necessite de tais explicações perante a ComIDH: após a transferência da soberania ao governo do Iraque, a força aérea dos EUA bombardeou, em novembro de 2004, a cidade de Falluja, destruindo um hospital e matando várias pessoas. A petição dos sobreviventes se baseia na presumível aplicabilidade da Declaração Americana dos Direitos Humanos no Iraque[101]. A jurisprudência pertinente da ComIDH indica uma interpretação mais generosa do critério de controle do que a existente na Europa[102].

---

97 CorteEDH, *Bankóvic and Others vs. Belgium and 16 Other Contracting States.* Decision as to the admissibliy of Application n. 52207/99 of 12 December 2001, § 55-66.

98 Resumidamente, vide: Gondek, M. Extraterritorial application of the European Convention on Human Rights: territorial focus in the age of globalization? *NILR,* 2005, p. 349; Schäfer, B. Der Fall Bankovi oder Wie ein Lücke geschaffen wird. *MenschenRechtsMagazin*, 2002, p. 149.

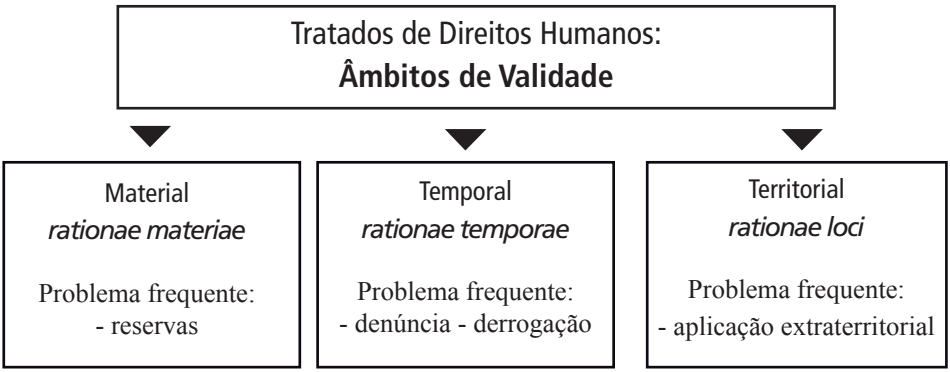
99 CIJ, Legal consequences of the construction of a wall in the occupied territory. Advisory Opinion of 9 July 2004. *ILM,* 2004, p. 1009, § 112.

100 No caso *Issa and Othera vs. Turkey,* Aplication n. 31821/04, Judgement of November 16, 2004, a CorteEDH pareceu indicar, para alguns autores, a possibilidade de uma futura interpretação menos restrita. Cf. Abdel-Monem, T. *The long arm of the European Convention on Human Rights and the recent development of "Issa vs. Turkey".* Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/12/2abdel.pdf?rd=1>. Acesso em: 15 fev. 2009.

101 Cerone, J. The application of regional human rights law beyond regional frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraque. *ASIL Insight*, October 25, 2005.

102 Cf. ComIDH, *Coard et al. vs. United States*, caso 10.951, Rep. n. 109/99, September 29, 1999, § 37.

## IV. Resumo




**Informações úteis na internet:** Quanto à admissibilidade de reservas a tratados internacionais de direitos humanos e da derrogação de suas garantias, vide Comentários Gerais n. 24 e n. 29 do CeDH, disponíveis em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm> (acesso em: 5 fev. 2009). Quanto ao problema da extraterritorialidade dos direitos humanos, vide, como texto introdutório: John Cerone, ***The application of regional human rights law beyond regional frontiers***, ASIL *Insight,* 2005 (disponível em: <http://www.asil.org/insight051025.cfm>. Acesso em: 5 fev. 2009).

## Capítulo 3: Os direitos humanos internacionais como direitos objetivos e subjetivos

Explora-se, a seguir, a estrutura normativa dos DHI – seus elementos constitutivos – e as consequências da sua violação. Em um primeiro momento, analisa-se a questão da titularidade dos DHI (§ 6), para aclarar, em um próximo passo, quem é por eles vinculado (§ 7). Será dedicada atenção especial à questão de sob quais pressupostos os Estados e outros atores podem ser responsabilizados por violações de direitos humanos. Para isso, é também indispensável compreender quais os principais modos de obrigação que emanam dos DHI, questão que será tratada no fim deste capítulo (§ 8)[1].

Com efeito, passa-se agora da perspectiva macro para a micro, isto é, dos fundamentos do DIDH para suas normas como fundamentos de pretensão.

### § 6 Os titulares dos DHI

**Sumário:**

I. Direitos *vs.* obrigações
II. Direitos individuais
  1. Pessoas naturais
    a. Plano universal
    b. Plano regional
  2. Pessoas jurídicas
    a. Plano universal
    b. Plano regional
III. Direitos coletivos
  1. Plano universal
  2. Plano regional
  3. Delimitação da dimensão coletiva de direitos individuais
IV. Resumo

**Bibliografia:** Alston, P. (Ed.). *Peoples´ rights.* Oxford: OUP, 2001; Heintze, H.-J. Indigenous people and the right to self-determination: Is the claim to self-determination a trap? *Jilpac,* 2008, p. 238; Holder, C. Self-determination as a universal human right. *7 Human Rights*

[1] Meus agradecimentos cordiais a Fernando César Costa Xavier, que me auxiliou na elaboração dos parágrafos seguintes.

*Review,* 2006, p. 5; HOOF, G. J. van. The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebutal of some traditional views. In: ALSTON, P.; TOMAŠEVSKI, K. (Ed.). *The right to food.* Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 97; TOMUSCHAT, C. Solidarity rights (development, peace, environment, humanitarian assistance). 4 EPIL, 2000, p. 460; KOCH, I. E. The justiciability of indivisible rights. 72 *NordJIL,* 2003, p. 3; ROSAS, A.; SCHEININ, M. Categories and beneficiaries of human rights. In: HANSKI, R.; SUKSI, M. *An introduction to the international protection of human rights:* a textbook. Turku: Åbo Akademi University, 1997, p. 49.

**Caso 1:** A senhora A, cidadã do Estado B, é desempregada. Seu requerimento para receber o subsídio de desemprego é indeferido pelo órgão competente, com base no argumento de que ela seria uma mulher casada. Segundo a legislação pertinente, somente homens casados poderiam recorrer ao subsídio de desemprego. Após o esgotamento dos recursos internos, a senhora A submete uma comunicação individual ao CeDH, alegando violação da norma internacional que prescreve a proibição de não discriminação – art. 26 do PIDCP. O Estado B sustenta a inadmissibilidade da comunicação. Tratar-se-ia de um caso envolvendo o direito à seguridade social, contido no PIDESC. Portanto, o CeDH, órgão do PIDCP, careceria da competência para decidir o caso. É correta essa interpretação?

**Caso 2**: A editora X, registrada no Estado Y como empresa, é impedida pelo seu governo de publicar o "Jornal Crítico". Após o esgotamento dos recursos internos, sua advogada submete, em nome da editora X, mas sem mencionar algum representante dela, uma comunicação ao CeDH, alegando uma violação da liberdade de expressão, art. 19 (2) do PIDCP. Seria admissível essa comunicação?

**Caso 3**: A senhora A é chefe da tribo B, que tem suas terras tradicionais ricas em matéria-prima, no território do Estado C. O governo quer conceder a corporações transnacionais a exploração dessas terras. Sem informar a tribo B a respeito de suas pretensões, o Estado desapropria partes dessas terras tradicionais. A senhora A processa o Estado C. Após o esgotamento dos recursos internos, ela submete, em nome do seu povo, uma comunicação ao CeDH, alegando uma violação do direito à autodeterminação, art. 1º do PIDCP. Seria admissível essa comunicação?

À primeira vista, a questão da titularidade dos direitos humanos não parece causar maiores problemas. Já a qualificação desses direitos com o adjetivo "humano" aponta para a circunstância de que são conferidos ou a indivíduos ou a grupos de indivíduos. Contudo, tal constatação, embora não seja falsa, é pouco precisa. Por um lado, vale evocar que também pessoas jurídicas podem ser protegidas pelos direitos humanos. Por outro, é mister tomar consciência do fato de que nem todos os direitos denominados "individuais" ou "coletivos" podem ser perseguidos judicialmente pelas vítimas no plano internacional. Pergunta-se, portanto, se "direitos" que não implicam respectivas ações judiciais podem ser considerados verdadeiros direitos, ou, não sendo o caso, se não seria mais adequado falar-se de meras obrigações que reconheçam indivíduos e/ou grupos de indivíduos como *beneficiários*, porém não como "titulares".

A análise dessas colocações apresenta uma dimensão prática, pois também implica a pergunta: até que ponto essas garantias jurídicas podem ser utilizadas como fundamentos de pretensões para defender vítimas de violações de direitos humanos. Por isso, tal questão merece atenção neste *Manual Prático*.

## I. Direitos *vs.* obrigações

São duas, a princípio, as interpretações possíveis para o termo jurídico "direito": a primeira é entender "direito" no sentido *objetivo*, como o conjunto das normas vigentes, assim incluindo direitos que não podem ser reivindicados judicialmente por seus beneficiários, uma vez que estabeleceriam meramente obrigações. A outra é diferenciar entre normas de direito, em geral, e direitos *subjetivos*, em especial, como garantias que podem ser perseguidas por via judicial. Há a ideia de que só essas últimas normas possuem a qualidade de "verdadeiros" direitos humanos, porque apenas nesse caso seria justificado identificar a pessoa humana como seu titular[2].

Embora essa noção seja questionável e não reflita a opinião da "doutrina moderna", faz muito sentido, sob a perspectiva prática do defensor de direitos humanos, distinguir entre a pessoa humana (1) como titular desses direitos

[2] Cf. Vierdag, E. W. The legal nature of rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In: IX *Nybil*, 1978, p. 76ss. Cf. também, no que se refere ao *status* jurídico de indivíduos no direito internacional público: Partsch, K.-J. Individuals in international law. In: Bernhardt, R. (Ed.). II *Epil*, North Holland: Elsevier, 1995, p. 958; Higgins, R. Conceptual thinking about the individual and international law. 4 *British Journal of International Studies,* 1978, p. 1.

(subjetivos) e (2) como mero beneficiário – sendo igualmente protegido pelos sistemas de proteção de direitos humanos que fiscalizam sua observância pelos Estados, mas sem dispor de acesso direto aos respectivos órgãos de monitoramento.

É importante também expor a matéria sob uma perspectiva sistêmica, já que a consequência da titularidade de direitos e obrigações no plano internacional é o reconhecimento da subjetividade jurídica. Como se sabe, são em primeiro lugar os Estados e, em segundo lugar, as organizações intergovernamentais criadas por eles que possuem tal subjetividade, pois são constituídas com base em tratados internacionais que costumeiramente conferem competências internacionais (direitos e obrigações) a esses entes. Contudo, os Estados também concederam, igualmente por meio de tratados internacionais (e do costume internacional), direitos e obrigações[3] a indivíduos e grupos. Isso justifica a suposição de que eles gozam também do *status* de sujeitos do Direito Internacional Público. Trata-se, porém, de um *status* secundário, pois é deduzido dos sujeitos principais do Direito Internacional Público, a saber, os Estados soberanos. Por essa razão, indivíduos não podem celebrar tratados internacionais ou contribuir para a formação do costume internacional: falta autorização para tanto, por parte dos Estados. Eles são sujeitos *em parte* do Direito Internacional Público, mas não possuem uma personalidade jurídica internacional que lhes confira amplas capacidades.

No que se refere, particularmente, ao DIDH, a distinção entre direitos humanos como direito objetivo e garantias que possuam a qualidade de direitos subjetivos (ou, respectivamente, entre beneficiários e titulares) continua a ser relevante, porque não há como negar que nem todos os direitos individuais ou coletivos implicam um *locus standi* . Em outras palavras: uma série de DHI apenas cria obrigações diretas em face de outros Estados ou da comunidade internacional, mas não em relação ao ser humano. Isso não significa contestar o fato importante de que eles constituem uma ordem jurídica objetiva que, por sua vez, reflete valores objetivos da humanidade. No mais, como ainda se verá, tal distinção não tange a questão da responsabilidade do Estado por violação de direitos humanos. Não obstante, é preciso não confundir a divisão dos direitos humanos em direitos individuais e coletivos com a questão da sua qualidade como direitos subjetivos que responde de forma mais adequada ao problema de sua titularidade. A seguinte exposição procura destacar as diferenças vinculadas com essas distinções.

[3] Essa observação se refere menos ao DIDH e mais ao direito penal internacional.

## II. Direitos individuais

Observa-se, primeiro, que os direitos humanos individuais[4] podem se referir tanto às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas como construções jurídicas artificiais.

### 1. Pessoas naturais

No mais, recomenda-se distinguir entre direitos individuais garantidos no plano universal e regional.

#### *a. Plano universal*

No que tange ao plano universal, constata-se, de formal geral, que os direitos civis e políticos são reconhecidos pelos Estados como direitos subjetivos internacionais. Razão principal para esse reconhecimento é o fato de que o Protocolo Facultativo ao PIDCP de 1966[5] prevê um procedimento quase judicial perante o CeDH, permitindo a indivíduos o encaminhamento das chamadas "comunicações"[6]. No mais, a maioria das outras "convenções centrais" autoriza seus comitês a considerar tais petições. Dispõem de tal competência, nomeadamente:

- Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial[7] da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR);

- Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher[8] da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDCM);

- Comitê contra a Tortura[9] da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT);

---

4 *Contencioso* refere-se à questão da existência de direitos individuais fora do DIDH. A discussão foi particularmente estimulada por dois julgamentos da CIJ referentes à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963: CIJ, *LaGrand Case (Germany vs. USA)*, Judgment of 27 June 2001, *ICJ Reports*, 2001, p. 466; CIJ, *Avena Case (México vs. USA)*, Judgment of 21 March 2004, 43 *ILM,* 2004, p. 581. Vide, para reflexões sobre o significado desses julgamentos: Mennecke, Towards the humanization of the Vienna Convention of Consular Rights: The LaGrand Case before the International Court of Justice. 44 *GYIL*, 2001, p. 430; Pinto, M. De la protection diplomatique à la protection des droits de l´homme. 106 *RGDIP,* 2002, p. 513.

5 *Status* de ratificações em março 2009: 111 Estados-Partes.

6 Art. 1º do PF do PIDCP. Protocolo ainda não ratificado pelo Brasil.

7 Art. 14º da CIEDR. Competência reconhecida pelo Brasil (Decreto n. 4.738, de 12 de junho de 2003).

8 Art. 1º do PF da CEDCM. Aceito pelo Brasil (Decreto n. 4.316, de 30 de julho de 2002).

9 Art. 22, § 1, da CCT. O Brasil ainda não declarou o reconhecimento desta competência do Comitê.

- Comitê para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias[10] da Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (CITM);

- Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)[11].

Comitês que atualmente (ainda) carecem de tal competência são:

- Comitê para os Direitos da Criança, da Convenção sobre os Direitos da Criança;

- Comitê sobre Desaparecimento Forçado, da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado; e

- Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CeDesc), do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Nota-se, porém, que o Protocolo Opcional (Facultativo)[12] ao Pidesc de 2008, uma vez em vigor, possibilitará aos indivíduos atuar como peticionários perante o CeDesc. No mais, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado ainda não entrou em vigor, mas prevê que seu Comitê pode considerar tais comunicações após o reconhecimento dessa competência por meio de uma declaração do Estado-Parte[13]. Por isso, justifica-se a seguinte visão geral sobre a acessibilidade dos Comitês para indivíduos, em particular pessoas sob a jurisdição do Brasil.

| **Comitês das nove "Convenções centrais"** | **Competência (opcional) de receber comunicações individuais** | **Reconhecimento pelo Brasil (até março 2009)** |
|---|---|---|
| Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos | Sim (Prot. Fac., 1966) | Não |
| Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais | Sim (Prot. Opc., 2008) | Não |

[10] Art. 77º, § 1, da CITM. O Brasil ainda não declarou o reconhecimento desta competência do Comitê.

[11] Art. 1 do PF da CDPD. Aceito pelo Brasil (Decreto Legislativo n. 186, de 1º de agosto de 2008). Mas vide também as dúvidas articuladas por Gomes, L.F. e Oliveira Mazzuoli, V. (*Direitos das pessoas com deficiência*: a Convenção ainda não vale como emenda constitucional. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12204>. Acesso em: 15 mar. 2009). A ONU, contudo, já reconheceu oficialmente a ratificação desses dois tratados pelo Brasil. Vide a informação no *link* <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=257> (acesso em: 15 mar. 2009).

[12] Embora ainda não haja tradução oficial desse documento, é possível dizer que será chamado de "Protocolo Facultativo". Em inglês, porém, se chama *Optional Protocol*.

[13] Art. 31 da CIPDF.

| Comitês das nove "Convenções centrais" | Competência (opcional) de receber comunicações individuais | Reconhecimento pelo Brasil (até março 2009) |
|---|---|---|
| Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial | Sim (declaração, art. 14) | Sim |
| Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres | Sim (Prot. Fac., 1999) | Sim |
| Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes | Sim (declaração, art. 22) | Não |
| Convenção sobre os Direitos da Criança | Não | - |
| Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares | Sim (declaração, art. 77) | Não |
| Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado | Sim (declaração, art. 31) | Não |
| Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência | Sim (Prot. Fac., 2006) | Sim |

Observa-se, portanto, que o Brasil ainda está longe de reconhecer de modo abrangente as garantias de direitos humanos como direitos subjetivos da pessoa humana. Contudo, até sem competência de receber comunicações individuais, os Comitês fiscalizam os deveres jurídicos decorrentes dos respectivos instrumentos internacionais, mediante avaliação e discussão dos relatórios que são entregues pelo Estado brasileiro. Eles têm concretizado os respectivos deveres de informação nos chamados "comentários gerais" (*General Comments*). Nesses, é explicado aos Estados como eles devem compreender e cumprir esses deveres, dessa forma limitando a possibilidade de justificar ou esconder o não cumprimento por meio de manifestações evasivas ou gerais.

Enfim nota-se que, particularmente, violações de direitos econômicos, sociais e culturais podem ser examinadas "indiretamente" pelo CeDH, juntamente com a proibição de não discriminação do art. 26 do PIDCP.

O art. 26 do PIDCP autoriza o CeDH a considerar casos que envolvem, como no **Caso 1**, questões voltadas ao direito à segurança social. Ele examina a compatibilidade das respectivas medidas estatais (administrativas, legislativas etc.) com a proibição de não discriminação, assim dedicando-se indiretamente a questões também relevantes sob o PIDESC[14]. Portanto, ele refutará o argumento do Estado B de que a comunicação da senhora A seria inadmissível.

### *b. Plano regional*

No sistema interamericano, seus dois órgãos, a CIDH e a CorteIDH, aplicam, sobretudo, embora não exclusivamente[15], a ConvADH, que, por sua vez, estipula predominantemente direitos civis e políticos. Os direitos econômicos, sociais e culturais são protegidos pelo "Protocolo de San Salvador", assim como por aquelas garantias da Declaração Americana de Direitos Humanos, contendo direitos cujo conteúdo é suficientemente determinável. Alguns podem ser reclamados por meio de petição individual[16].

Ressalva-se que indivíduos até agora não possuem um *locus standi* direto perante a CorteIDH, mesmo porque precisam, primeiro, dirigir-se à ComIDH. Pressuposto para a transferência desses casos da CIDH à CorteIDH é o reconhecimento da sua competência pelo respectivo Estado-Parte[17]. O Brasil fez isso em 2002[18]. Contudo, atualmente, no caso em que a Comissão não consiga mediar a disputa, esta é automaticamente transferida para a Corte. Uma vez ocorrido isso, o indivíduo (ou grupo de indivíduos) é tratado como fosse ativamente legitimado a defender seu caso. Diante desse pano de fundo, parece justificado falar sobre um *locus standi* indireto dos indivíduos perante a CorteIDH. Vide, para os pressupostos processuais, a Parte 2 do *Manual* [19].

Nota-se, ainda, que a CorteIDH reconhece os outros tratados regionais de direitos humanos como vetores de interpretação dos direitos do "Pacto de San José"[20].

---

[14] Cf. CeDH, *F. H. Zwaan-de-Vries vs. Netherlands*, com. n. 182/1984 (1990), § 12.4.

[15] Vide CorteIDH, "*Other treaties" subject to the advisory jurisdiction of the Court (art. 64 of the American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-1/82, September 24, 1982, Ser. A, n. 1, § 48.

[16] Vide, para uma visão panorâmica: LYON, B. The Inter-American Human Rights System: multifaceted powers for addressing economic injustice. 13 *Interights Bulletin,* 2000, p. 47. Disponível em: <http://www.interights.org/bulletin/index.htm>. Acesso em: 15 fev. 2009.

[17] Cf. art. 62 da ConvADH.

[18] Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002.

[19] Pouco conhecido é o fato de que a "Convenção de Belém do Pará" – sobre violência contra mulheres – prevê, no seu art. 12, petições individuais.

[20] Cf. CorteIDH, *Caso Ximines Lopes vs. Brasil,* Sentença de 4 de julho de 2006, § 106. Disponível em: <http://www.global.

Por isso, o defensor de direitos humanos não dever restringir suas considerações a esse acordo, pelo contrário, deve consultar todos os instrumentos pertinentes e, se útil, fazer referência a eles.

## 2. Pessoas jurídicas

No que concerne a pessoas jurídicas, observa-se, primeiro, que sua proteção pelos direitos humanos é, por razões óbvias, mais a exceção do que a regra. Particularmente aquelas garantias fundamentais que protegem a integridade física e psíquica não podem ser vindicadas por esses entes: é impossível torturar empresas ou sindicatos; eles não possuem existência física, nem são capazes de contrair matrimônio ou constituir família. Pelo contrário, eles são meras "figuras jurídicas".

Por outro lado, é um fato relevante para o DIDH que indivíduos se organizam, por exemplo, para fins de formar e articular coletivamente opiniões ou reivindicações, de exercer convicções religiosas ou simplesmente atividades econômicas. Como o gozo de vários direitos humanos depende frequentemente da possibilidade de exercê-los por meio de uma pessoa jurídica, eles são, às vezes, diretamente protegidos pelo DIDH.

### *a. Plano universal*

No plano universal, por exemplo, o art. 8º (1), "c", do Pidesc estipula o "direito dos sindicatos de funcionar sem obstáculos e sem outras limitações"[21]. No mais, o art. 13 (4) garante a "liberdade das entidades para estabelecer e dirigir instituições de ensino". O novo Protocolo Opcional (Facultativo), porém, somente autoriza indivíduos ou grupos de indivíduos a encaminhar ao CeDesc seus casos[22].

No mais, o Protocolo Facultativo ao PIDCP e à CCT referem-se meramente a "comunicações provenientes de indivíduos [...] que aleguem ser vítimas de uma violação [...]"[23]. Na interpretação do CeDH, entende-se por "indivíduos" exclusivamente pessoas naturais. Portanto, pessoas jurídicas apenas têm acesso indireto aos mecanismos internacionais, caso um integrante ou representante alegue

---

org.br/portuguese/damiaoximenes.html>. Acesso em: 18 mar. 2009.

[21] Recorde-se, novamente, o papel fundamental da OIT quanto à codificação, implementação e imposição dos direitos humanos trabalhistas. Para uma visão geral sobre esse sub-regime, ver Alston, P. *Labour rights as human rights* (Oxford: OUP, 2005).

[22] Art. 2º do PO do Pidesc.

[23] Vide art. 1º do PF do PIDCP e art. 22, § 1, da CCT.

ter sido vítima de violação em seus próprios direitos individuais – como, por exemplo, o gerente de uma empresa ou um líder religioso.

> Por isso, no **Caso 2**, a comunicação da Editora X é inadmissível[24], pois ela é uma pessoa jurídica. Sua advogada cometeu o erro de submeter a comunicação em seu nome. Necessário, contudo, alegar que o Estado X, por proibir a publicação do "Jornal Crítico", violou os direitos humanos dos proprietários da Editora X e dos jornalistas que trabalham para ela.

### *b. Plano regional*

No que se refere ao sistema interamericano de direitos humanos, o art. 44 da ConvADH autoriza "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida"[25], a apresentar petições à ComIaDH. Para isso, eles não precisam alegar que são as vítimas. Assim, ONGs, como, por exemplo, Anistia Internacional ou Justiça Global, são partes em litígios em nome próprio, com base em um direito reflexo. Vide, para os pressupostos processuais, a Parte 2 do *Manual*[26].

## III. Direitos coletivos

Poucos são os direitos humanos coletivos efetivamente reconhecidos como garantias jurídicas pela comunidade de Estados. Caso especial são os direitos dos povos indígenas, que serão discutidos no Capítulo 10.

### 1. Plano universal

No que se refere ao plano universal, existe apenas um direito humano coletivo cuja vigência é incontestável: o direito dos povos à autodeterminação, garantido, por exemplo, pelo artigo 1º do PIDCP e do Pidesc, como também pelo costume internacional. Na doutrina, prevalece a opinião que ele até vale como *ius cogens*

---

[24] CDH, *A newspaper publishing company vs. Trinidad Tobago*, com. n. 360/1989, de 14 de julho de 1989, § 3.2. Vide, para um caso semelhante cujos méritos eram decididos: CtIDH, *Mayana (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicarágua*, IACtHR Series C 79 (2001).

[h] O critério "legalmente reconhecida" foi praticamente absorvido pela CtIDH, cf. *Castillo Petruzzi et al. vs. Peru* (Preliminary Objections), 1998, § 77.

[26] Pouco conhecido é o fato de que a "Convenção de Belém do Pará" – sobre violência contra mulheres – prevê, no seu art. 12, petições individuais.

[27]. Contudo, enquanto é amplamente reconhecido que titulares do direito à autodeterminação são aqueles povos impedidos pelos poderes coloniais de erigir seu próprio Estado, o conteúdo desse direito ainda está em discussão, em particular, no que se refere ao seu aspecto "externo", isto é, se e sob quais condições ele implica um direito a secessão[28]. No mais, observa-se que o Protocolo Facultativo relativo ao PIDCP refere-se meramente a "comunicações provenientes de indivíduos". Por isso o CeDH não é competente para considerar petições submetidas em nome de povos[29].

> Assim sendo, no **Caso 3**, a comunicação da senhora A é inadmissível. Ela apenas alegou uma violação do direito à autodeterminação (art. 1 do PIDDH) em nome da sua tribo B. No entanto, ela deveria ter alegado ser pessoalmente vítima da expropriação pelo Estado C, representando, ao mesmo tempo, outras pessoas cujos direitos individuais, como o direito à propriedade, foram violados[30].

Ainda mais controverso do que o direito à autodeterminação são os "direitos humanos da terceira *geração*" – ou melhor, "*dimensão*". A discussão em torno deles envolve as seguintes garantias coletivas:

- direito ao desenvolvimento (sustentável);
- direito a um meio ambiente sadio;
- direito à assistência humanitária em situações catastróficas; e
- direito à paz[31].

---

[27] Vide, Gros Espiell, H. Self-determination and *ius cogens*. In: Cassese, A. (Ed.). *UN Law – Fundamental Rights:* two topics in international law. Alphen: Sijthoff & Nordhoff, 1979, p. 167.

[28] Vide Brownlie, I. *Principles of public international law*. 7. ed. Oxford: OUP, 2008, p. 553.

[29] Vide art. 1º do Protocolo Facultativo ao PIDCP de 1966. Entretanto, o CeDH recentemente manifestou seu interesse em discutir o direito à autodeterminação em conjunto com determinados direitos humanos individuais. Cf. CeDH, *Apirana Mahuika et al. vs. New Zealand*, com. n. 547/1993 (2000), § 9.2; *Ms. Marie-Helene Gillot vs. France*, com. n. 932/2000 (2002), § 13.4.

[30] Cf. CeDH, *Lubicon Lake Band vs. Canada*, com. n. 167/1984 (1990), § 32.1.

[31] Vide, para maiores detalhes, por exemplo: Andreassen, B. A.; Marks, S. P. (Ed.). *Development as a human rights*. Harvard: Harvard University Press, 2006; Dimitrijevic, V. Os direitos humanos e a paz. In: Symonides, J. (Org.). *Direitos humanos*: novas dimensões e desafios. Brasília: Unesco/SEDH, 2003, p. 79; Baxi, Upendra. A evolução do direito ao desenvolvimento. In: Symonides, J. (Org.). *Direitos humanos:* novas dimensões e desafios. Brasília: Unesco/SEDH, 2003, p. 137; Cançado Trindade, A. A. Os direitos humanos e o meio ambiente. In: Symonides, J. (Org.). *Direitos humanos:* novas dimensões e desafios. Brasília: Unesco/SEDH, 2003, p. 161; Palmer, A. An international right to environment: a new generation? 15 *Interrights Bulletin,* 2006, p. 141.

Há também uma discussão sobre um direito humano à democracia, mas, em primeiro, lugar, como direito individual. Vide Herdegen, M. *Völkerrecht*. 5. Aufl. München: Beck, 2006, p. 353; Franck, T. M. The emerging right to democratic governance. 86 *AJIL*, 1992, p. 46.

Nota-se que, no plano universal, esses direitos estão muito longe de ser efetivamente reconhecidos pelos Estados e continuam a ser conceitualmente inconsistentes – tanto na sua titularidade quanto no seu conteúdo[32]. Certo é que, até agora, nenhum desses direitos foi codificado mediante um tratado universal, existem apenas certas proclamações políticas em forma de *soft law*, como, por exemplo, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, da Assembleia da ONU, de 4 de dezembro de 1986[33].

Essa circunstância não significa que os direitos humanos de terceira dimensão são insignificantes, mas que se trata, em primeiro lugar, de princípios que orientam a cooperação internacional. Uma vez que a defesa dos direitos humanos se dá com base em fundamentos mais ou menos sólidos de pretensão, eles são poucos apropriados para ajudar defensores de direitos humanos que querem tornar imperativos os direitos de vítimas.

## 2. Plano regional

No que se refere ao plano regional, essa avaliação é um pouco diferente. Nota-se que, em particular, o sistema africano, mais especificamente a Convenção Africana sobre Direitos Humanos e Direitos dos Povos (ConvAfrDH), de 17 de novembro de 1988, reconhece vários direitos humanos coletivos. A Comissão Africana de Direitos Humanos (ComAfrDH) até mesmo já demonstrou sua operabilidade em casos extremos[34].

No sistema interamericano, destacam-se os direitos dos povos indígenas como caso principal de direitos humanos coletivos. Graças à jurisprudência da CtIDH, trata-se de direitos humanos cada vez mais justiciáveis, que realmente oferecem proteção efetiva a esses grupos vulneráveis[35]. Apesar dessas garantias coletivas, o sistema interamericano até agora não conhece os demais direitos humanos coletivos. Embora o "Pacto de San Salvador" preveja no seu art. 11 o direito a um meio ambiente sadio, este é informado como direito de "toda pessoa" e não como direito coletivo.

---

[32] Cf., por exemplo, Tomuschat, C. Solidarity rights (development, peace, environment, humanitarian assistance). 4 *EPIL*, 2000, p. 461; Marks, S. The human right to development: between rethoric and reality. 17 *Harvard Human Rights Journal*, 2004, p. 137.

[33] UN doc. G. A. Res. 41/53 (1986).

[34] Vide, acerca do direito a um meio ambiente sadio, art. 24 da ConvAfrDH, o caso do tribo de *Ogoni*, ComAfrDH, *The Social and Economic Rights Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigéria*, com. n. 155/96 (2001). Vide também: Dersso, S. A. The jurisprudence of the African Commission on Human Rights and Peoples' Rights with respect to peoples' rights. 6 *AHRLJ,* 2006, p. 358.

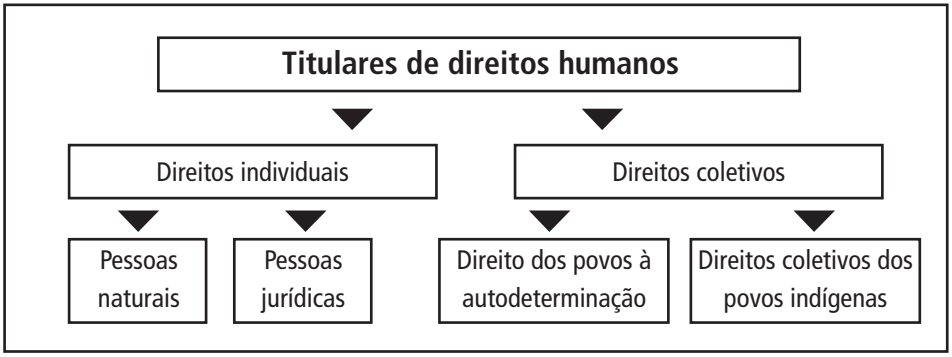
[35] Ver, para uma boa visão geral, Pasqualuci, J. M. The evolution of international indigenous rights in the Inter-American Human Rights System. *HRLR,* 2006, p. 1.

## 3. Delimitação da dimensão coletiva de direitos individuais

Por fim, observa-se que vários direitos humanos individuais abarcam uma dimensão coletiva, mas esta não os transforma em direitos coletivos.

Exemplo é o art. 27 do PIDCP, que determina que "[n]o caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua religião e usar sua própria língua". Esses grupos não são competentes para atuar como peticionários perante o CeDH, mas apenas os membros individualmente considerados desses grupos, contanto que sejam vítimas[36]. Como no caso de pessoas jurídicas, eles assim podem defender, simultaneamente, a sua causa e a do ente ao qual pertencem. Essa circunstância torna compreensível a razão pela qual a proteção dos direitos humanos se dá, sobretudo, em forma de garantias individuais.

# IV. Resumo




**Informações úteis:** Vide, quanto a informações sobre os pressupostos de uma comunicação perante os Comitês das convenções "centrais" de direitos humanos, o sítio do Office of the UN High Commissioner for Human Rights: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm> (acesso em: 15 fev. 2009). Vide, referente ao debate na ONU sobre "direitos humanos da terceira geração", os documentos produzidos pelo *independent expert on human rights and international solidarity*, R. M. Rizki, disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/themes.htm> (acesso em: 15 fev. 2009).

[36] CeDH, General Comment n. 23 (1994), § 1. Vide também o art. 30 da CDC.

## § 7 Os obrigados pelos DHI

**Sumário:**

I. O Estado
1. Violações de direitos humanos como atos ilícitos internacionais
2. Imputação de violações de direitos humanos ao Estado
a. Atos de órgãos *de jure*
b. Atos de órgãos *de facto*
3. Consequências jurídicas (de uma violação de direito humano)

II. Outros atores como obrigados pelo DIDH
1. Pessoas privadas
2. Corporações transnacionais
3. Agrupamentos não governamentais
4. Organizações intergovernamentais

**Bibliografia:** Ambos, K. Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen. *Archiv der Völkerrechts,* 1999, p. 318; Chirwa, D. M. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. 5 *Melbourne Journal of International Law*, 2004, p. 1; Crawford, J. *The international law commissions' articles on state responsibility:* introduction, text and commentaries. Cambridge: CUP, 2005; Mégret, F.; Hoffann, F. The UN as a human rights violator? Some Reflections on the United Nations' Changing Human Rights Responsibilities. *HRQ*, 2003, p. 314; Paust, J. J. Human rights responsibilities of private corporations. *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* 2002, p. 801; Carvalho Ramos, A. de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004; Randelzhofer, A.; Tomuschat, C. (Ed.). *State responsibility and the individual:* reparations in instances of grave violations of human rights. The Hague: Nijhoff, 1999; Wolf, J. *Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht.* Berlin: Duncker & Humblot, 1997; Zegveld, L. *The accountability of armed opposition groups in international law.* Cambridge: CUP, 2002.

**Caso 1:** O senhor A é juiz no Estado X. Em uma sentença relativa ao caso do senhor B, ele se inclina a fazer comentários de cunho racista. Por essa razão, o senhor B aciona o senhor A, contudo, sem sucesso. Após o esgotamento dos recursos internos, ele se dirige, através de uma comunicação, ao Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR), alegando violação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR) por parte do Estado X. O governo do Estado X refuta qualquer responsabilidade em relação ao racismo do senhor A: o Poder Judiciário seria institucionalmente independente, por isso o Estado

não poderia ser responsabilizado pela conduta individual da autoridade judicial. É correta essa contestação do Estado X?

**Caso 2:** O senhor A é policial. Em determinadas situações, ele se utiliza de meios ilícitos em seu ofício, como, por exemplo, no caso do senhor B, a quem submeteu a sessão de choques elétricos. A fim de receber compensação pelos danos sofridos em consequência da má conduta policial, o senhor B acionou o Estado, que, no entanto, rejeitou qualquer responsabilidade pelo ocorrido: embora o senhor A fosse funcionário público, ele teria atuado "por conta própria" violando leis estabelecidas pelo Estado, que criminalizam tais práticas. Por isso, seria impossível imputar a conduta do senhor A ao Estado. Tal interpretação estatal é correta?

**Caso 3:** O Estado X privatizou suas prisões. A partir de então, empresas de segurança vigiam os detentos. O senhor A é empregado da empresa QQ Ltda., que maltratou o senhor B, um detento. O senhor B acredita que o Estado X é responsável por essa violação de direito humano. O Estado X, contudo, rejeita qualquer responsabilidade: seria impossível imputar atos de entes privados a ele. Assiste razão ao Estado?

**Caso 4:** O senhor A é chefe da polícia da delegacia X. Ele sabe, parcialmente, que alguns dos seus subordinados trabalham, fora do serviço, como membros de "esquadrões da morte". De fato, há vários indícios de que esses policiais assassinam, por dinheiro, "crianças de rua". O senhor A opta por não fazer nada em relação a isso. Em certo dia, contudo, uma ONG levanta informações de graves acusações referentes a violações de direitos humanos contra o Estado, referindo-se explicitamente à participação de policiais da delegacia X em "esquadrões da morte". O Estado rejeita qualquer responsabilidade, porque esses policiais teriam atuado "por conta própria", como entes particulares e não como agentes estatais. O argumento do Estado é correto?

**Caso 5:** XY Ltda. é uma corporação transnacional que permite que seus empregados trabalhem em condições análogas à escravidão. Podem esses empregados responsabilizar a XY Ltda. por violação de seus direitos humanos?

Sem dúvida, os principais obrigados pelo DIDH são os Estados. As garantias ínsitas aos DIDH são, antes de mais nada, resultado de uma longa luta contra o

abuso do monopólio estatal, e, por isso, em primeiro lugar, destinadas a proteger pessoas contra tais excessos. Enquanto essa função de defesa continua a ser a mais importante, é ao mesmo tempo mister tomar consciência do fato de que direitos humanos são também ameaçados por vários outros entes – pessoas privadas, grupos não governamentais ou corporações transnacionais. Diante desse pano de fundo, torna-se cada vez mais importante a função protetora de direitos humanos em relação a esses agentes, na medida em que obriga os Estados a tomarem as medidas apropriadas para que seres humanos não se tornem vítimas deles. Portanto, observa-se que o Estado é tanto potencial violador dos direitos humanos como também seu principal garantidor.

O presente capítulo analisa sob quais pressupostos o Estado tem de assumir a responsabilidade por violações de direitos humanos, seja por ato, seja por omissão, e de que modo o DIDH obriga outros atores a respeitá-los, assim tecendo uma discussão mais detalhada, no § 5, sobre os principais modos de obrigação que emanam dos direitos humanos internacionais.

## I. O Estado

Vários tratados de direitos humanos articulam *expressis verbis* a obrigação dupla do Estado a não só respeitar, mas também garantir os direitos contidos neles. A ConvADH, por exemplo, estipula no seu art. 1º (1) que "Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos humanos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício [...]". De forma semelhante, o art. 2º (1) do PIDCP prevê que "Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e garantir [...] os direitos reconhecidos [nele]". Será visto, adiante, quais as formas de obrigações que emanam desses deveres abstratos. Neste ponto, apenas deve interessar o simples fato de que os Estados não podem ser responsabilizados por todos os atos sofridos por indivíduos sob sua jurisdição, uma vez que sua esfera de influência é limitada. Portanto, tem que existir certas regras que definam sob quais condições o Estado tem de assumir a responsabilidade por ingerências no âmbito de proteção de direitos humanos.

### 1. Violações de direitos humanos como atos ilícitos internacionais

A princípio, os Estados apenas podem ser responsabilizados caso eles próprios houverem violado uma obrigação emanada do DIDH. O problema é que o Estado

representa, em última instância, uma "ficção" que age por meio de seus órgãos, os quais, por sua vez, se constituem de pessoas naturais. Contudo, embora sejam sempre seres humanos violando os direitos de outros, é em primeiro lugar o Estado que é obrigado como sujeito do Direito Internacional Público pelo DIDH. Portanto, é preciso determinar quais atos (ou, ainda mais difícil, quais omissões) de quais pessoas podem ser imputados a ele.

Nesse contexto, mostra-se mais uma vez que o conhecimento da "parte geral" do Direito Internacional Público contém frequentemente regras indispensáveis para a defesa dos direitos humanos. Essas regras são, em especial, a Responsabilidade Internacional do Estado (*Rules of State Responsibility*), as quais definem os pressupostos da imputação (*attribution*) de violações de direitos humanos ao Estado[37].

Ademais, essas regras importantes vigem de forma não codificada, como costume internacional[38], e se aplicam também, pelo menos no que se refere ao seu conteúdo principal, aos outros sujeitos jurídicos do Direito Internacional Público. Graças aos esforços da *International Law Commission* (ILC, Comissão de Direito Internacional)[39], elas passaram, finalmente, a existir também por escrito, embora (ainda) não como codificação. Nesse sentido, há os *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (posteriormente, ILC-Draft Articles), aprovados pela ILC em 2001, após mais de 50 anos de pesquisas e discussões[40].

Nota-se, assim, que os ILC-Draft Articles não se referem exclusivamente a violações de direitos humanos, mas, de modo geral, a "atos ilícitos internacionais" (*internationally wrongful acts*), aí compreendido qualquer ato ou omissão imputável ao Estado que constitui violação de uma norma do Direito Internacional Público[41].

Como o DIDH se trata de um regime jurídico especial do Direito Internacional Público, constata-se, sob uma ótica sistemática, que violações de direitos humanos representam uma subcategoria de atos ilícitos internacionais e que as Regras sobre a Responsabilidade Internacional do Estado servem como "normas secundárias"

---

[37] Sobre a literatura específica acerca da questão da imputação, cf. Arangio-Ruiz, G. State fault and the forms and degrees of international responsibility: questions of attribution and relevance. In: *Mélanges Michel Virally:* le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Paris: Pedone, 1991, p. 25.

[38] Cf. Cassese, A. *International law*. Cambridge: CUP, 2005, p. 244; Aust, A. *Handbook of international law*. Cambridge: CUP, 2005, p. 407. Contudo, elas ainda esperam a sua codificação. Vide, nesse contexto, Crawford, J.; Olleson, S. The continuing debate on a UN Convention on State Responsibility. 54 *ICLQ*, 2005, p. 959.

[39] Estabelecida pela Resolução 174 (II) da Assembleia Geral (AG) da ONU, de 21 de novembro de 1947. Cabe a ela a implementação do art. 13 (1) da Carta da ONU, que prevê como tarefa da AG o desenvolvimento do Direito Internacional Público e sua codificação.

[40] Cf. o sítio: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2009.

[41] Art. 1º dos ILC-Draft Articles.

para determinar os pressupostos da responsabilidade do Estado ou as consequências da infração das "normas primárias" do Direito Internacional Público[42]. No mais, ressalve-se que os ILC-Draft Articles representam cláusulas residuais, que não se aplicam se a questão da responsabilidade for regulada por *lex specialis*[43]. Muitas vezes, o DIDH contém tais regras especiais, embora seja difícil determinar exatamente quais. A relação entre esses dois regimes ainda é pouco elaborada.

Para a prática, essa circunstância é menos relevante. Quem estuda as decisões tomadas pelos órgãos de proteção de direitos humanos raramente encontrará referência explícita a essas regras. Contudo, caso haja dúvidas referentes à imputabilidade de um determinado ato ao Estado, as regras se tornam um instrumento importante, e se recomenda, antes de examinar se realmente aconteceu uma violação ao direito humano, que seja feita a análise desse pressuposto[44].

## 2. Imputação de violações de direitos humanos ao Estado

Os ILC-Draft Articles partem do princípio de que o Estado é responsável por todos os atos dos seus órgãos. Desse modo, ele apenas excepcionalmente responde por atos de pessoas privadas ou outros entes. Portanto, o grande desafio jurídico e prático é distinguir atos privados de atos estatais. Uma prova de que essa matéria é de difícil análise é que os ILC-Draft Articles contêm não menos que oito regras de imputação (art. 4-11). A seguir serão expostos os contornos das regras mais básicas.

### *a. Atos de órgãos* de jure

São imputáveis ao Estado, em primeiro lugar, os atos cometidos pelos órgãos *de jure* do Estado. Quais pessoas exatamente agem para o Estado – e quais não – é o critério que decide o Direito Internacional Público mediante referência ao direito interno do respectivo Estado[45], afinal, é a ele que cabe dar a si a forma institucional/organizacional e, consequentemente, definir seus órgãos. Importante, então, é saber

---

[42] Ver Crawford, J. The ILC´s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: a retrospect. 96 *AJIL*, 2002, p. 878.

[43] Art. 55 dos ILC-Draft Articles.

[44] Essa ordem de exame é também seguida pelo CIJ. Ver CIJ, *United Nations Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of América vs. Iran)*, Jugdment of 24 May 1980, *ICJ Reports*, 1980, p. 3ss, § 56.

[45] No entanto, os atos que representam atos internacionais ilegais é regulado pelo Direito Internacional Público: vide o art. 3º do ILC-Draft Articles.

que ele responde por todos os atos cometidos pelos representantes dos três Poderes – do Legislativo, do Executivo e/ou do Judiciário –, isto é, independentemente da função ou posição institucional – do Presidente da República ao policial e ao servidor público de um município[46].

Em particular, o Estado é impedido de negar sua responsabilidade por atos cometidos por seus órgãos com referência à sua autonomia institucional, como, por exemplo, a de seus tribunais ou de seus Estados federados (caso que se trate de um Estado federativo)[47]. O Direito Internacional Público não se interessa por questões intraestatais[48].

> Por isso, no **Caso 1**, o Estado X é responsável pela discriminação feita ao senhor B por parte do juiz, o senhor A. O fato de o Poder Judiciário gozar de autonomia institucional não importa nesse contexto. Portanto, o CEDR refutará o argumento do Estado X de que a conduta do senhor A não seria imputável a ele [Estado].

Frequentemente, os órgãos estatais cometem violações de direitos humanos ultrapassando suas competências. Esses atos, chamados de *ultra vires*, são também imputáveis ao Estado, pressupondo que tenham sido realizados mediante os atributos da capacidade oficial[49]. Nota-se que essa importante regra foi confirmada e adotada, em particular, pela CtIDH no famoso caso *Velásquez Rodríguez*[50].

> No **Caso 2**, o senhor A abusou de suas competências como policial em serviço. O fato de ele não ter sido autorizado para tanto não resulta na não imputação dos seus atos ao Estado. Pelo contrário, ele responde às violações de direitos humanos cometidos por ele por ter atuado em sua circunscrição oficial. Portanto, o Estado não se pode eximir da acusação alegando que o senhor A teria agido "por conta própria".

### *b. Atos de órgãos* de facto

Outra regra importante é que o Estado tem de assumir a responsabilidade por atos cometidos por aquelas pessoas privadas às quais ele delegou a realização de

---

[46] Vide o art. 4ª dos ILC-Draft Aricles.

[47] Vide também a "cláusula federal", o art. 27 da ConvADH ou a os arts. 28 do PIDESC e 50 do PIDCP.

[48] Vide o artigo 4ª dos ILC-Draft Articles.

[49] Art. 7º dos ILC-Draft Articles.

[50] Vide CtIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29 de julho de 1988, Ser. C, n. 4, § 170.

tarefas públicas[51]. Como os Estados mostram hoje, mais do que nunca, uma forte tendência de privatizar tais tarefas, inclusive no setor da segurança pública, trata-se de uma regra cada vez mais relevante. Ela impede o Estado de se eximir, por meio de delegação de tarefa, da sua responsabilidade[52]. Dessa forma, por exemplo, podem atos ilegais cometidos em prisões privatizadas por membros de empresas de segurança ser imputados ao Estado como violações de direitos humanos, caso ele omita de fiscalizá-los de modo adequado – fato que o Estado deve comprovar[53]. Trata-se de órgãos *de facto* do Estado.

> Portanto, no **Caso 3**, os atos cometidos pelo senhor A, responsável pela empresa de segurança QQ Ltda. são principalmente imputáveis ao Estado X. A empresa, por evidente, executa tarefas genuinamente públicas. O Estado não se pode liberar de tais obrigações mediante sua privatização.

Casos envolvendo problemas de imputação mais complicados são aqueles em que o Estado se torna cúmplice "clandestino" de pessoas privadas que violam direitos humanos – em razão de seu *animus*, ou seja, porque ele tolera as atividades ilegais[54]. Nesses casos, o Estado usualmente mantém contatos meramente informais com, por exemplo, "esquadrões da morte", milícias, insurgentes ou outros criminosos, ou dispõe de informações que indiquem a necessidade de medidas preventivas e/ou repressivas contra esses grupos[55].

A regra sobre a imputação de tais atos está contida no art. 8º dos ILC-Draft Articles. Tal regra pressupõe a conduta de uma pessoa ou grupo de pessoas atuando sob as instruções do Estado ou sob a direção ou controle dele. O grande desafio prático é provar tal cumplicidade com base em fatos ou indícios suficientemente fortes, de modo que possibilite (também) a condenação do Estado.

---

[51] Art. 5º dos ILC-Draft Articles. Vide, para detalhes: Townsend, G. State responsibility for acts of de facto agents. 14 *ArizJICL*, 1997, p. 635; Griebel, J. *Die Zurechnungskategorien der de facto-Organe im Recht der Staatenverantwortlichkeit*, Münster: LIT, 2004: Kreß, K. L'organe *de facto* en droit international public: réflexion sur l'imputation à l'état de l'acte d'un particular à la lumière des développements recentes. 105 *RGDIP*, 2001, p. 93.

[52] Vide, para detalhes, também: McBeth, A. Privatising human rights: what happens to the State´s Human Rights Duties when services are privatized? 5 *Melbourne Journal of International Law,* 2004, p. 133.

[53] Cf. Crawford, J. *The International Law Commission´s Articles on State Responsibility:* introduction, text and commentary. Cambridge: CUP, 2002, p. 100.

[54] Em particular, a "guerra ao terror" iniciou outro debate sobre a responsabilidade do Estado em relação a atividades terroristas. A discussão não pode ser exposta aqui. Vide, por exemplo, Wolfrum, R. State responsibility for private actors: an old problem of renewed relevance. In: Ragazzi, M. (Ed.). *International responsibility today*. Leiden: Brill, 2005, p. 424; Becker, T. *Terrorism and the State:* rethinking the rules of states responsibility. Oxford: Hart Publishing, 2006.

[55] Vide também as explicações do André de Carvalho Ramos neste *Manual*.

O tipo de controle necessário é, no entanto, ainda controverso. A CIJ parece sustentar o critério de "dependência completa", no sentido de effective control[56], embora o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia já tenha seguido uma noção mais ampla, exigindo meramente um overall control[57]. A doutrina favorece esta última noção[58].

Ademais, é recomendável, em casos de tolerância para com violações de direitos humanos, explicar por que as respectivas normas do DIDH obrigaram o Estado a intervir contra os atores privados[59]. Isso deve acontecer, se possível, por meio da utilização da respectiva jurisprudência dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos.

> No **Caso 4**, a omissão do senhor A, chefe da delegacia, de iniciar investigações contra os policiais que trabalhavam fora do serviço para "esquadrões da morte" não resulta *automaticamente* na imputação ao Estado de seus atos ilegais. Muito mais, é preciso demonstrar que o senhor A era capaz de prevenir uma determinada violação de direitos humanos. No entanto, observa-se que a omissão, ao não iniciar investigações, por sua vez, pode ser considerada como violação da obrigação de garantir um determinado direito humano. Seus pressupostos serão expostos no § 8.

## 3. Consequências jurídicas (de uma violação de direito humano)

Neste *Manual Prático*, não podem ser discutidos todos os pressupostos de um ato ilícito internacional, nem todas as suas consequências jurídicas. No que se refere particularmente às violações de direitos humanos[60], importante é saber que suas consequências jurídicas – em regra, emanadas diretamente do DIDH – correspondem às seguintes obrigações do Estado:

---

[56] CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bósnia and Herzegowina vs. Serbia and Montenegro)*, Jugdment of 26 February 2007, § 390-395; CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America*), Judgment of 27 June 1985, *ICJ Reports*, 1986, p. 14, § 94.

[57] ICTY, *The Prosecutor vs. Dusko Tadić*, Jugdment (AP), Caso n. IT-94-I-A, 15 July 1999.

[58] Cf. Griebel, J.; Plücken, M. New developments regarding the rules of attribution? The International Court of Justice´s decision in *Bosnia vs. Serbia*. 21 *LJIL*, 2008, p. 601.

[59] Vide o § 8. A razão é a (presumível) subsidiariedade das respectivas regras sobre a responsabilidade do Estado em relação ao DIDH com *lex specialis*.

[60] Vide também Tomuschat, C. Reparation on victims of grave human rights violations. 10 *Tulane Journal of International and Comparative Law,* 2002, p. 57; Schönsteiner, J. Dissuasive measures and the "society as a whole": a working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights. 23 *American University International Law Review*, 2007, p. 127.

**Principais obrigações do Estado decorrentes de violações de direitos humanos:**

- Cessação da violação de direito
- Omissão de futuras violações de direito
- Restituição natural
- Indenização
- Satisfação

Primeiramente, caso a violação de direito humano ainda permaneça, o Estado é obrigado a agir incondicionalmente para cessá-la. A análise sobre a continuação da violação de direito é muitas vezes tão difícil como a questão sobre o que o Estado deve fazer para extingui-la. Isso não pode ser respondido de modo abstrato.

No mais, é óbvio que o Estado deve agir de modo que previna futuras violações de direitos – obrigação, como ainda se verá, que decorre diretamente do DIDH.

Enfim, a regra fundamental é que o Estado tem de reparar o dano causado[61]. Por exemplo, no que se refere a uma violação de direito à propriedade, no caso de uma nacionalização ilegal de terras tradicionais de um povo indígena, ele é obrigado a devolvê-las e a assegurar-se de que o povo será novamente reconhecido como seu legítimo proprietário.

Há, muitas vezes, casos em que a restituição natural é impossível, em particular no que tange aos casos em que as vítimas sofreram lesões físicas ou psíquicas. Nesses casos, a indenização em dinheiro é uma dentre as diversas medidas que podem ser apropriadas.

Outras medidas podem assumir formas imateriais, como desculpas oficiais ou a criação de instituições destinadas a rememorar continuamente as respectivas violações de direitos humanos, o desenvolvimento de programas de formação e capacitação de um determinado pessoal etc.[62]. Essas medidas representam formas pelas quais se pretende satisfazer os interesses das vítimas e de seus familiares. Pertence a esse grupo, também, a obrigação de punir os réus em casos de violações de direitos humanos – outra obrigação que decorre diretamente do DIDH.

---

[61] Vide, para uma excelente apresentação da jurisprudência da CtIDH referente às reparações: Pasqualucci, J. M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: CUP, 2003, p. 230-290. Observa-se que, por exemplo, o art. 10º da ConvADH e o art. 14 (6) do PIDCP estabelecem um "direito à indenização" no caso em que uma pessoa haja sido condenada em sentença eivada de erro (erro judiciário).

[62] Cf., sobre as formas de reparação possíveis: CtIDH, *Caso Ximines Lopes vs. Brasil,* Sentença de 4 de julho de 2006, § 227-251. Disponível em: <http://www.global.org.br/docs/sentencaximenesportugues.doc>. Acesso em: 18 mar. 2009.

Observa-se que é impossível decidir, sem referência ao caso concreto, quais medidas são (as mais) apropriadas. Para o defensor de direitos humanos, é importante recordar que os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos muitas vezes as combinam, ao assegurar que o Estado respeitará suas obrigações e compensará a vítima de forma adequada e sustentável.

Nota-se, ainda, que as regras sobre a responsabilidade internacional do Estado também abarcam uma série de justificativas (*circumstances precluding wrongfulness*) que o liberam da sua responsabilidade e que estão previstas no Capítulo 5 dos ILC-Draft Articles (arts. 20-27), mas raramente se aplicam aos casos envolvendo violações de direitos humanos. A razão principal disso é, mais uma vez, que o DIDH contém, muitas vezes, regras especiais.

## II. Outros atores como obrigados pelo DIDH

Problemas maiores decorrem da questão da responsabilidade de atores não estatais por violações de direitos humanos, como, por exemplo, pessoas privadas, corporações transnacionais, organizações internacionais e outros grupos não governamentais.

Por essa razão, é mister, em primeiro lugar, ter-se consciência de que esses agentes não são partes nos tratados de direitos humanos. Portanto, é necessário avaliar a possibilidade de sua obrigação pelo DIDH com base no costume internacional, caso a conduta não seja imputável ao Estado. Todavia, é de fato muito difícil comprovar a existência de tais obrigações em relação a esses atores, em particular, no que se refere à respectiva prática geral.

No entanto, isso não significa que o Direito Internacional Público descura ou até aceita ingerências nos âmbitos de proteção de direitos humanos por atores não estatais. Como já visto, e ainda se verá mais aprofundadamente, o DIDH obriga o Estado a proteger os indivíduos sob sua jurisdição contra quaisquer violações de direitos humanos, inclusive aquelas que advêm de atores privados. No mais, o Direito Internacional Humanitário obriga os partidos envolvidos em conflito armado, bem como grupos armados não-estatais, a respeitarem certos padrões mínimos de civilização. E, enfim, o Direito Penal Internacional possibilita a condenação de indivíduos, em particular pelo cometimento de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Dessa maneira, ele também, indiretamente, criminaliza, protege e pune violações graves e sistemáticas de direitos humanos.

## 1. Pessoas privadas

Quanto à possibilidade de responsabilizar pessoas privadas que hajam violado bens jurídicos de indivíduos, mas cuja conduta não pode ser imputada ao Estado, observa-se, primeiro, que o Estado é obrigado, ao cumprir seu dever de garantir os direitos humanos, a adotar medidas legislativas e administrativas que visem prevenir, impedir ou reprimir referidas violações[63]. Isso implica, por um lado, a obrigação de criminalizar atos que constituam violações de direitos humanos. Exemplo disso é a proibição da tortura pelo Código Penal. Por outro, o Estado é obrigado a criar instituições que se empenhem em prevenir e reprimir ameaças aos direitos mais fundamentais de seus cidadãos, e que possam punir aqueles que os violam. Nesse caso, o exemplo para a implementação desse dever é a criação de um aparelho policial e o estabelecimento de tribunais com base no Estado de direito.

Porém, a regra é que os tratados de direitos humanos conferem garantias aos indivíduos sem, ao mesmo tempo, obrigá-los diretamente. Por isso, é notável que a DUDH, a DADH e a ConvADH contenham artigos relativos aos deveres do homem para com a comunidade e a humanidade[64]. Contudo, trata-se de normas de conteúdo material extremamente abstrato e, desse modo, é muito difícil derivar verdadeiras obrigações jurídicas delas. Observa-se que esses instrumentos não fazem referência ao Estado como possível destinatário desses deveres[65].

## 2. Corporações transnacionais

Corporações (ou empresas) transnacionais se transformaram, nas últimas décadas, em agentes cada vez mais poderosos, às vezes até mais poderosos do que os Estados. Por vezes, esses atores não cumprem suas responsabilidades sociais ou até abusam delas, por motivos diferentes, ostentando seu poder em detrimento de determinados grupos e indivíduos[66]. Como se trata de um comportamento inaceitável, várias iniciativas internacionais aspiram a lembrar as corporações transnacionais de seus deveres morais, e, em particular, de suas responsabilidades sociais.

---

[63] Vide, para detalhes, o próximo § 8.

[64] Art. XXIX da DUDH; vide também os arts. XXIX-XXXVIII da DADH e art. 32 da ConvADH.

[65] Cf. Gomes, L. F.; Mazzuoli, V. de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos:* Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 194.

[66] Vide Zerk, J. A. *Multinationals and corporate social responsibility:* limitations and opportunities in international law. Cambridge: CUP, 2006.

Isso acontece em primeiro lugar por meio de códigos de conduta (*codes of conduct*). Exemplos disso são as *Guidelines for Multinational Enterprises*[67] da OECD, de 2000, e a *Global Compact* da ONU[68]. No entanto, tais códigos de conduta não estabelecem obrigações jurídicas. Portanto, as corporações apenas prometem cumprir voluntariamente eventuais recomendações. As normas não podem ser impostas por um procedimento jurídico.

No ver de muitos observadores, essa situação é demasiado insatisfatória. Por isso, uma parte da doutrina começou a refletir sobre a questão de como esses agentes podem ser juridicamente obrigados pelos direitos humanos[69]. Todavia, ainda se trata tão-somente de "propostas", que aguardam a sua transformação em direito positivo por parte dos Estados.

Dentre os mais importantes documentos de *soft law* até agora produzidos, destaca-se o da Subcomissão para a Promoção e a Proteção de Direitos Humanos da ONU, que adotou, em 2003, as "Normas sobre as Responsabilidades de Corporações Transnacionais referentes a Direitos Humanos" (*Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and other Business Entreprises with Regard to Human Rights*)[70]. Esse instrumento contém normas teoricamente capazes de obrigar de forma direta esses atores, uma vez que haja a aceitação pelos Estados, por exemplo, no que se refere à proteção do consumidor e do meio ambiente, aos direitos trabalhistas, à compensação de vítimas etc. Todavia, quando a subcomissão apresentou essas normas à Comissão de Direitos Humanos – que, por sua vez, consiste de representantes dos Estados –, esse órgão enfatizou que o documento não representaria mais do que uma sugestão[71], dessa maneira indicando falta de prontidão dos Estados de dar início ao processo de transformação dessas normas em *hard law*. Com isso, parece muito duvidoso que os Estados, em um futuro próximo, mostrem interesse em realmente apoiar as iniciativas visando a obrigar corporações transnacionais pelo DIDH[72]. Mas o debate continua e os defensores de direitos humanos se ocupam de não permitir que ele esmoreça.

---

[67] Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2009.

[68] Disponível em: <http://www.unglobalcompact.org/AboutThe GC/index.html>. Acesso em: 15 fev. 2009.

[69] Vide, por exemplo: Ratner, S. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. 111 *Yale Law Journal,* 2001, p. 443; Weschka, M. Human rights and multinational enterprises: how can multinational enterprises be held responsible for human rights violations committed abroad? 66 *HJIL*, 2006, p. 625.

[70] Resolução 2003/16, de 13 de agosto de 2003, UN doc. E/CN.4/Sub2/2003/12/Rev2. Vide também: Weissbrodt, D.; Kruger, M. Norms on the responsibilities of transnational Corporations and other business enterprises with regard to human rights. 97 *AJIL*, 2003, p. 901.

[71] Decisão 2004/116, de 20 de abril de 2004, lit c). Confirmado pela Resolução do Ecosoc, UN doc. E/CN.4/2005/L.87, de 15 de abril de 2005.

[72] Uma visão mais otimista pode ser encontrada em: Hillemanns, C. F. UN Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights. 4 *German Law Journal,* 2003, p. 1079.

**Aviso prático:** Recomenda-se, nesse contexto, o estudo do comentário interpretativo das "Normas sobre as Responsabilidades de Corporações Transnacionais referentes a Direitos Humanos"[73].

No **Caso 5**, a XY Ltda. não está violando a proibição da escravidão como direito humano internacional. Ela não é obrigada pelo DIDH. Contudo, as vítimas podem processar a XY Ltda. com base no direito nacional, ou até pensar em responsabilizar o Estado, caso seja possível comprovar que ele tolerou a exploração do trabalho dos empregados da XY.

## 3. Agrupamentos não governamentais

No que se refere à possibilidade de responsabilizar grupos não estatais por violações de direitos humanos, a situação jurídica é semelhante, embora em alguns detalhes se mostre um pouco diferente.

Em particular, durante conflitos armados internos, assim como em situações de violência comparáveis a eles, há Estados que apoiam, mais ou menos clandestinamente, determinados grupos armados não estatais que lutam contra um governo estrangeiro no poder. Como já visto, caso seja possível comprovar que esses Estados estrangeiros conseguem exercer controle sobre esses grupos, os atos podem ser imputados ao respectivo Estado[74]. O mesmo vale, contudo, em relação ao Estado em que o conflito ou rebelião acontece, caso os insurgentes[75] consigam se tornar governo *de facto* sobre (uma parte do) o território de Estado[76]. Ler, para mais detalhes, os arts. 9 a 11 dos ILC-Draft Articles[77].

## 4. Organizações intergovernamentais

Hoje, organizações intergovernamentais exercem muitas vezes funções quase governamentais. Por isso, abusos do poder por seus representantes não são raros[78].

---

[73] UN doc. E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2 of 26 of August. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/293378ff2003ceb0c1256d7900310d90?Opendocument>. Acesso em: 15 mar. 2009.

[74] Art. 8 dos ILC-Draft Articles.

[75] Vide também: Dumberry, P. New state responsibility for internationally wrongful acts by an insurrectional movement. 167 *EJIL*, 2006, p. 605.

[76] Art. 9 dos ILC-Draft Articles. Vide também o caso do Iran-United States Claim Tribunal, *Yeager vs. Islamic Republic of Iran,* 1987, p. 17, 92.

[77] Recomendável é também a leitura do artigo de Chirwa, D. M. The doctrine of state responsibility as a potential means of holding private actors accountable for human rights. 5 *Melbourne Journal of International Law,* 2004, p. 1. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2004/>. Acesso em: 15 mar. 2009.

[78] Vide, para alguns exemplos concretos (missões de paz): Gibney, M.; Tomaševski, K.; Vedsted-Hansen, J. Transnational state responsibility for violations of human rights. 12 *Harvard Human Rights Journal,* 1999, p. 279. Vide, no mais, Klappe,

Portanto, faz igualmente sentido pensar na possibilidade de responsabilizá-los por violações de direitos humanos. Ponto de partida das próximas considerações é, mais uma vez, que eles não são partes de tratados de direitos humanos. Ao mesmo tempo constata-se que a delegação de determinadas competências a organismos internacionais não libera completamente os Estados de suas obrigações sob DIDH. Dependendo do grau da integração, esse conhecimento se torna mais óbvio.

A União Europeia (UE) ou, mais precisamente, a Comunidade Europeia (CE) é exemplo de uma integração regional tão profunda que estimula contínuas discussões sobre a soberania restante aos seus Estados-Membros. De fato, ela é autorizada a estabelecer atos que afetam diretamente os cidadãos europeus e, assim, seus direitos fundamentais. Diante desse pano de fundo, a Corte Europeia de Justiça (CorteEJ) – que não deve ser confundida com a Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteEDH) – explicou, há muitos anos, porque a CE é igualmente obrigada pelos direitos humanos. Nomeadamente, ela derivou essa obrigação dos princípios gerais do direito comunitário [art. 288 (2) do Tratado da CE] e identificou as constituições nacionais dos Estados-Membros e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConvEDH) como suas fontes jurídicas[79].

Hoje, os Estados-Membros da UE até reconhecem a vinculação desse organismo internacional ao DIDH, em particular, no art. 6º (2) do Tratado da UE. No mais, o novo Protocolo n. 14, que ainda não entrou em vigor, possibilitará à UE ratificar – como organização internacional (*sui generis*) – a ConvEDH[80]. Nota-se, contudo, que ela representa, como única organização verdadeiramente supranacional, um caso especial em comparação com outras organizações internacionais.

Por isso, a questão da responsabilidade por violações de direitos humanos é mais problemática no caso da ONU. Pelo estabelecimento de administrações transitórias – por exemplo, em Timor Leste ou no Kosovo – e pelo crescente empenho de missões de paz, ela assume também, às vezes, responsabilidades quase estatais. Os escândalos causados pelos membros das tropas de paz – foram relatos casos de estupro por eles e outras barbaridades – apontam a necessidade de estender as obrigações dos direitos humanos à ONU, ou, pelo menos, às suas respectivas subdivisões, caso elas possuam personalidade jurídica internacional autônoma.

Contudo, o trabalho orientador feito pela doutrina a esse respeito ainda não se reflete na prática estatal. Em particular a CorteEDH mostra uma certa resistência em

---

B. F. International peace operations. In: Fleck, D. (Ed.). *The handbook of international humanitarian law*. Oxford: OUP, 2008, § 1307.

79 CorteEJ, *Internationale Handelsgesellschaft*, case n. 11/70, Slg. 1970, 1125, § 4; CorteEJ, *Nold*, case n. 4/73, Slg. 1974, 491, § 13; CorteEJ, *Hauer*, n. 44/79, Slg. 1979, 3727, § 15. Vide também: Ahmed, T.; Jesùs Butler, I. de. The European Union and human rights: an international law perspective. 17 *EJIL*, 2006, p. 771.

80 Cf. o art. 59 do Protocolo n. 14 ao ConvEDH.

enfrentar o problema, evitando manifestação sobre esse assunto controverso[81]. Nota-se, nesse contexto, que importante é mais uma vez a questão da imputação, embora não exclusivamente. Razão principal para isso é que, até hoje, a ONU não dispõe de sua própria tropa, mas precisa pedir aos Estados que se engajem em tais missões. Para isso, ela fecha acordos especiais que muitas vezes não excluem a jurisdição criminal e a autoridade disciplinar dos Estados sobre seus contingentes. Portanto, atos cometidos pelos membros de missões de paz podem, muitas vezes, ser imputados aos Estados. Todavia, é impossível dar uma resposta geral a esse respeito. Ela depende da situação jurídica no respectivo caso.

Outras discussões atuais referem-se à responsabilidade da ONU por sanções autorizadas pelo Conselho de Segurança que afetam direitos humanos, como, por exemplo, embargos resultando em catástrofes de fome[82]. Seus detalhes, porém, não podem ser expostos aqui.

**Informações úteis:** Recomenda-se a leitura dos artigos 1º a 11 dos "Draft Articles on Responsibily of State for Internacional Wrongful Acts" da ILC. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2009.

## § 8 Principais modos de obrigação emanadas dos DHI

**Sumário:**


I. Obrigações negativas
II. Obrigações positivas
  1. O dever de proteger
    a. Pressupostos gerais
    b. Perigos objetivos
  2. O dever de garantir
    a. O dever de facilitar
    b. O dever de prestar
III. Obrigações processuais
IV. Obrigação de garantir os direitos humanos sem discriminação
V. Obrigações *erga omnes*
VI. Resumo


---

[81] Cf. Sari, A. Jurisdiction and international responsibility in peace support operations: the Behrami and Saramati Cases. 8 *HRLR,* 2008, p. 151.

[82] Vide, por exemplo, Reinisch, A. Developing human rights and humanitarian law accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions. 95 *AJIL*, 2001, p. 851.

**Bibliografia:** Ambos, K. Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen. *Archiv des Völkerrecht,* 1999, p. 319; Basch, F. F. The doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding states´ duty to punish human rights violations and its dangers. *American University International Law Review,* 2008, p. 195; Clapham, A. *Human rights in the private sphere.* Oxford: OUP, 1993; Delbrück, J. "Laws in the public interest": some observations on the fundations and identification of *erga omnes* norms in international law. In Götz, V. et al. (Hrsg.). *Festschrift für Günther Jaenicke,* Berlin: Springer, 1998, p. 17; Duffy, H. Towards global responsibility: a sketch of international legal developments. *Interights Bulletin,* 2006, p. 104; Knox, J. H. Horizontal human rights law. *AJIL,* 2008, p. 1; Künzli, J. *Zwischen Rigidität und Flexibilität* – Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte. Berlin: Duncker & Humblot, 2001; Melish, T. J.; Aliverti, A. Positive obligations in the Inter-American Human Rights System. *Interights Bulletin,* 2006, p. 120; Carvalho Ramos, A. de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004; Tams, C. *Enforcing obligations erga omnes in international law.* Cambridge: CUP, 2005.

**Caso 1**: O senhor A, cidadão do Estado B, trabalha como jornalista. Em um de seus artigos, ele acusa o ministro de Turismo de ser corrupto. Dias após a publicação desse artigo, é detido por uma unidade especial de policiais composta por vinte homens. A senhor A considera sua detenção ilegal e, particularmente, uma violação da liberdade de expressão (art. 19 do PIDCP). Representantes do Estado B referem-se ao "Código da Imprensa", que, de fato, criminaliza, de forma geral, a "difamação do governo". Nesse caso, estar-se-ia violando efetivamente a liberdade de expressão?

**Caso 2**: O senhor B mora em um bairro pobre de uma metrópole do Estado Y. No local, a violência entre grupos criminosos ameaça quase diariamente a vida de sua família e a sua própria. Regularmente, ele pede socorro à polícia, a fim de que seja com isso estabelecido um mínimo de segurança no local, o que, contudo, não ocorre. Em certo dia, o filho do senhor B é assassinado por uma bala perdida disparada por um delinquente. O senhor B acusa o Estado Y, com base no art. 6 do PIDCP, de ter violado o direito à vida de seu filho. O Estado Y acha que não pode ser responsabilizado por atos individuais cometidos por criminosos. Está certo o Estado, nesse caso?

**Caso 3**: O Estado X é um país subdesenvolvido e muito pobre. Uma terrível estiagem, que sucedeu a outras, provoca escassez de alimentos e subsequente fome entre uma parte da população. O governo considera inútil adotar qualquer medida ante a catástrofe. O senhor A sobrevive à situação e argumenta que a ausência de medidas anteriores para prevenir a escassez de alimentos é uma violação do seu direito de ser protegido contra a fome, conforme o art. 11º (2)

do Pidesc. O Estado sustenta que os direitos humanos sociais apenas criariam para si a obrigação de assegurá-los progressivamente – art. 2º (1) do Pidesc –, mas não implicariam direitos de prestação. Esse argumento estatal seria correto?

**Caso 4**: O Estado X não respeita os direitos humanos dos seus povos indígenas que, por isso, correm o risco de não sobreviver como comunidades. O Estado Y reage à situação com o cancelamento da sua assistência financeira e exorta suas empresas nacionais a não fazerem negócios com o Estado X. O Estado X considera que isso seria uma "represália incompatível com o Direito Internacional Público". Assiste razão ao Estado X?

Uma característica importante das normas do DIDH é que elas são formuladas de modo "aberto", ou seja, bastante indeterminado, permitindo com isso interpretações bem singulares do seu conteúdo. Assim, são quase "programadas" as controvérsias entre o Estado, como presumível violador de direitos humanos, e a vítima.

Diante desse pano de fundo, está entre as tarefas principais do defensor do DIDH, mostrar ao respectivo órgão de proteção que um determinado dever decorre da garantia jurídica em questão e que exatamente essa obrigação foi violada. Por isso, o presente capítulo dedicar-se-á à questão de quais os principais tipos de dever que podem derivar dos direitos humanos e, mais precisamente, sob quais pressupostos. Para isso, parte-se da suposição geral de que todos os direitos humanos, sejam direitos civis e políticos, sejam direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecem não só obrigações negativas (de não fazer), mas também positivas (de fazer)[83], contudo, sem querer negar que existem diferenças importantes entre esses dois grupos de direitos humanos.

## I. Obrigações negativas

Inicialmente, os direitos humanos foram criados para proteger indivíduos contra a arbitrariedade do Estado, contra o abuso do seu monopólio de poder. Por isso, sob uma perspectiva histórica, eles representam os chamados "direitos de defesa", que conferem aos seus titulares uma pretensão omissiva. Significa que o Estado é obrigado a respeitar a esfera legalmente protegida por um direito humano; ele tem de se abster de ingerências ilegais nela – razão pela qual se fala, em inglês, de uma *duty/obligation to respect*. Esse dever é também chamado "negativo" ou de "não fazer", porque exige do Estado passividade, no sentido de não tomar medidas (legislativas,

[83] Cf. Borelli, S. Positive obligations of States and the protection of human rights. *15 Interights Bulletin,* 2006, p. 101.

administrativas etc.) incompatíveis com os direitos humanos – daí se tratar de uma obrigação com eficácia imediata.

Hoje é amplamente reconhecido que tanto os direitos humanos civis e políticos como os direitos humanos econômicos, sociais e culturais estabelecem pretensões omissivas. Por exemplo, a liberdade de religião[84] obriga o Estado a deixar os crentes praticarem sua crença. De forma semelhante, o direito à alimentação[85] proíbe o Estado de tomar medidas destinadas a impedir o acesso de pessoas aos alimentos básicos para sua sobrevivência[86].

No entanto, a obrigação de respeitar um determinado direito humano não significa que qualquer interferência estatal resulta necessariamente em sua violação. Pelo contrário, o teor dos diversos direitos humanos prevê *expressis verbis* a possibilidade de restringi-los sob certas condições, assim justificando a adoção de uma série de medidas pelo Estado. Por exemplo, a liberdade de expressão, garantida pelo art. 19 do PIDCP,

> [...] poderá ser sujeita a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
> a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
> b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

Observa-se que outras garantias são menos eloquentes a esse respeito e tão-somente proíbem, por exemplo, "restrições infundadas"[87] ou "arbitrárias"[88]. Há também uma série de direitos humanos que não prevê explicitamente a possibilidade da sua restrição[89]. No entanto, isso não significa que nenhuma ingerência estatal jamais poderá ser justificada nesse caso, tampouco que elas sempre serão justificadas. Pelo contrário, é reconhecido que os respectivos atos têm de ser "necessários". Em outras palavras, sempre se aplica, quando examinada a legalidade do ato de ingerência, o princípio da proporcionalidade[90]. Mas jamais pode ser minada a essência de um direito humano[91].

No **Caso 1**, é necessário diferenciar entre o ato legislativo (a adoção do "Código de Imprensa") e o ato de detenção do senhor A. No que se refere ao ato

---

84 Vide, por exemplo, art. 18 do PIDCP, art. 14 da CDC e art. 12 da ConvADH.

85 Vide, por exemplo, art. 11 (1) do PIDESC, art. 24 (II) e art. 27 da CDC e art. 12 do Protocolo de San Salvador.

86 Cf. CEDESC, comentário geral n. 12 (1999), § 15.

87 Cf. art. 25 do PIDCP.

88 Cf. arts. 9º (1), 12 (4), 17 (1) do PIDCP.

89 Cf. arts. 11 e 16 do PIDCP e arts. 3ª e 18 da ConvADH.

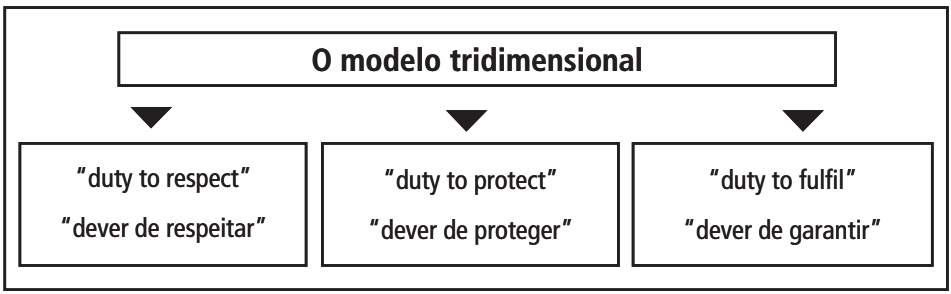
90 Cf. CeDH, General Comment n. 27 (1999), § 14.

91 Idem, § 13.

legislativo que criminaliza, de forma geral, a "difamação do governo", pode-se sustentar que ele servia para a proteção da "reputação de demais pessoas" (art. 19, a). Contudo, tal interpretação desfavorável à liberdade de expressão parece muito duvidosa[92]. Com certeza, incompatível com o art. 19 do PIDCP é a medida tomada – a imediata detenção do senhor A por uma unidade especial de vinte policiais, com base no "Código de Imprensa", foi desproporcional[93].

## II. Obrigações positivas

Ademais, decorrem dos direitos humanos obrigações que exigem do Estado uma postura "ativa", isto é, a tomada de certas medidas proativas. Por isso, essa outra categoria de dever implica, de outra parte, as chamadas "obrigações de fazer" ou "obrigações positivas". Estas se subdividem no dever de proteger (*duty/obligation to protect*) e de garantir (*duty/obligation to fulfil*)[94]. Como representam deveres bem diferentes, fala-se também do "modelo tridimensional" dos principais modos de obrigações emanados desses direitos. Trata-se do modelo que se impôs nos últimos anos no plano internacional[95].




[92] Neste ponto, é preciso fazer uma verdadeira subsunção, para chegar a uma conclusão mais consistente. A técnica de interpretar e subsumir direitos humanos internacionais é explicada nos §§ 9 e 10.

[93] Vide CeDH, *Rafael Marques de Morais vs. Angola*, com. n. 1128/2002 (2005), § 6.8.

[94] Cf. CeDesc, comentário geral n. 12 (1999), § 15; Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, § 6, disponível em: <http://www.uu.nl/uupublish/content/20-01.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2009.
A tradução "dever de garantir" não é exata, mas parece preferível, conforme se verá a seguir. Os termos utilizados pela doutrina nem sempre correspondem integralmente à terminologia apresentada. Isso não significa necessariamente a existência de divergências materiais.

[95] Pouco diferente, por exemplo, a ConvAfrDHP parte das quatro dimensões: respeitar, proteger, promover e cumprir. Cf. ComAfrDH, *The Social and Economic Rights Center and the Center of Economic and Social Rights vs. Nigeria*, case 155/96 (2001), § 44.

## 1. O dever de proteger

Como já visto, os direitos humanos não são apenas ameaçados e violados pelos Estados, mas também por agentes não governamentais, sendo que os Estados são, a princípio, obrigados a proteger os indivíduos sob sua jurisdição contra tais perigos[96]. Pergunta-se, porém, sob quais pressupostos exatamente deve fazê-lo.

### *a. Pressupostos gerais*

Seria um absurdo se os direitos humanos exigissem do Estado o estabelecimento "irrestrito" da segurança pública, de um *Überwachungsstaat* (Estado fiscalizador) "à la big brother". Portanto, o desafio que o DIDH enfrenta é dissolver a relação de tensão entre os conceitos antagônicos de "liberdade" e "segurança". Para isso, são utilizados critérios especificamente designados para garantir um equilíbrio entre os dois extremos, de modo que não sobrecarregue o Estado com obrigações jurídicas (quase) impossíveis de se cumprir.

Nesse passo, podem ser identificados três pressupostos gerais de violação do dever de proteger direitos humanos.

**Pressupostos gerais de violação do dever de proteger direitos humanos:**

- A ciência, por parte do Estado, de um perigo concreto ou a obrigação de conhecê-lo.
- Possibilidade objetiva de evitar a violação de direito.
- Omissão em tomar uma medida sensata e apropriada.

O Estado só pode ser responsabilizado pela sua omissão se suas autoridades sabiam ou tinham de saber do respectivo perigo, das respectivas pretensões ou atividades dos agentes privados. Portanto, é mister a comprovação de um elemento de conhecimento: o saber positivo do Estado sobre o perigo ou a falta de diligência no que diz respeito à possibilidade de prever a violação a certo direito. Exemplo: no caso em que o Estado saiba que certas crianças são impedidas por membros da família de frequentar a escola primária, o direito à educação obriga-o a agir[97].

---

[96] Nota-se que alguns direitos humanos, como os arts. 17 (1) e 23 (1) do PIDCP, referem-se *expressis verbis* às obrigações de proteger.

[97] Cf. CEDESC, comentário geral n. 13 (1999), § 47.

Frequentemente, porém, a constatação da falta de diligência causa problemas porque implica a previsibilidade da violação ao direito. Por vezes, o Estado já está observando uma situação, mas ainda não há indícios suficientes para que ele se certifique de que existe um perigo imediato a determinados bens jurídicos. Ocorre, então, que a análise da presumível falta de diligência precisa ser feita com muito cuidado, para o Estado não tomar encargos excessivos. Portanto, é mister referir-se a um elemento de previsibilidade da violação de direito humano e mostrar que o perigo não só existe abstratamente, mas já se tinha concretizado, se possível, no sentido temporal e espacial (perigo imediato)[98].

Um segundo pressuposto é que o Estado deveria objetivamente ter tido a possibilidade de prevenir a violação do direito. Não pode ser exigido dele o impossível (ou desproporcional), uma vez que ele não é onipotente[99].

A violação do dever de proteger finalmente decorre da omissão do Estado em reagir (apropriadamente) à situação em questão. Como ele frequentemente dispõe de uma série de opções de como agir, seus órgãos têm de escolher aquela medida que parece a mais "sensata e apropriada" (*reasonable and appropriate*)[100]. Portanto, é concedido aos Estados um poder discricionário quanto à escolha das medidas a serem tomadas.

Todavia, esse poder discricionário não é ilimitado e pode ser examinado pelos tribunais e órgãos internacionais de proteção de direitos humanos. Assim, estes podem verificar se um Estado tomou as medidas que realmente pareciam ser capazes de defender as vítimas ameaçadas ou, ainda, sofrendo violação de um direito humano. Exemplo: no caso das crianças impedidas por membros da família de frequentar a escola, seria insuficiente que os órgãos do Estado apenas informassem às crianças do seu direito à educação. Contudo, se, além disso, ele decide mandar a polícia ou um representante do Ministério da Educação para instruir os familiares de que eles podem ser punidos por seus atos, tem-se que o poder discricionário do Estado foi corretamente utilizado em seus limites.

Nota-se, ainda, que o Estado, agindo para cumprir o dever de proteção, não pode tomar medidas que, por seu turno, não estão em conformidade com outras obrigações estipuladas pelo DIDH[101]. O fato de ele ser obrigado a agir não o libera do dever de respeitar os direitos dos réus, das vítimas ou de qualquer outra pessoa.

---

98 Cf. CtEDH, *Osman vs. The United Kingdom*, application n. 23452/94, Judgement of September 22, 1997, § 116.

99 Idem.

100 Cf. CeDH, *Delgado Páez vs. Colombia*, com. n. 195/1985 (1990), § 5.5.

101 Cf. CtEDH, *Osman vs. The United Kingdom*, Application n. 23452/94, Judgement of September 22, 1997, § 116.

**Exemplo:** a polícia é proibida de torturar uma pessoa para obter informações que possivelmente vão proteger a vida de uma vítima.

No **Caso 2**, a polícia há muito tinha ciência da situação precária da segurança pública no bairro em que o senhor A mora com sua família. Ela portanto deveria examinar se havia possibilidades de remediar essa situação, mas, em vez disso, manteve-se completamente inerte. Com certeza, não era de todo impossível tomar medidas para enfrentar o descalabro local da segurança pública. Assim sendo, o Estado Y não cumpriu sua obrigação de proteger o direito à vida do filho do senhor A, que veio a ser assassinado[102].

## *b. Perigos objetivos*

As explicações dadas acima devem ser entendidas como avisos gerais referentes ao trato de uma problemática complexa. Note-se, contudo, que ainda não existe uma dogmática de direitos humanos tão "refinada" como no plano nacional. Pode-se observar que as discussões ainda persistem e, mais e mais, incluem a questão de até que ponto o Estado é obrigado, pelos direitos humanos, a proteger grupos e indivíduos contra os chamados "perigos objetivos".

Ao contrário dos "perigos subjetivos" – ocasionados diretamente por atores privados –, os "perigos objetivos" são aqueles que decorrem das forças de natureza, como, por exemplo, catástrofes ambientais; ou de determinadas construções feitas pelo homem, que representam sérios riscos para os bens jurídicos tutelados pelos direitos humanos, como, por exemplo, usinas nucleares instaladas sem os requisitos de segurança atendidos, ou fábricas que poluem de forma significativa o meio ambiente, e assim põem em risco o direito à saúde.

A princípio, há consenso de que o dever de proteger também se estende a esses perigos[103]. Seria, por exemplo, uma violação do direito à saúde, se o Estado, tendo conhecimento do fato de que uma fábrica emite substâncias tóxicas extremamente prejudiciais à saúde e que provocam a malformação de bebês, aceitasse essa situação. Com efeito, ele é obrigado, nesses casos, a aplicar as leis vigentes para proteger a saúde das pessoas afetadas ou, caso ainda não haja legislação que prescreva a adoção das medidas necessárias, deve comprometer-se a criá-la.

---

[102] Cf., nesse contexto, o *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Mr. Philip Alston, Addendum, Mission to Brazil*, UN doc. A/HRC/11/2/Add.4 (4-14 November 2007), May 14, 2008, p. 2.

[103] Cf. CtEDH, *Öneryildiz vs. Turkey*, Application n. 48939/99 (2004), § 89.

## 2. O dever de garantir

Decorre, do dever de proteger, o dever de garantir, que, por sua vez, se subdivide no dever de facilitar (*duty/obligation to facilitate*) e no dever de prestar (*duty/obligation to provide*)[104].

### *a. O dever de facilitar*

O dever de facilitar exige do Estado a criação dos pressupostos legais, institucionais e processuais necessários para possibilitar aos titulares a efetiva realização dos seus direitos humanos. Nesse sentido, o dever de facilitar é muito mais abrangente do que o dever de proteger, pois não pressupõe perigos imediatos, mas obriga o Estado a enfrentar situações que representem meras exposições a um eventual perigo[105]. Trata-se do dever de se engajar proativamente, que requer a adoção de políticas ou plano de ações, a criação e melhoramento de certas instituições, bem como a elaboração e promulgação de determinadas leis. Justifica-se em face do fato incontestável de que o gozo de direitos humanos, em particular dos econômicos, sociais e culturais, depende da atuação de um Estado que não apenas deixa seus cidadãos "em paz" e só intervém quando seus bens jurídicos correm sério risco de serem violados, mas que empreende esforços para reduzir, por exemplo, o desemprego e a fome, e garante segurança pública ou acesso público aos serviços de saúde.

Observa-se, portanto, que o dever de facilitar é de natureza abstrata e bastante indeterminada. Ele não implica a adoção de uma medida específica. Desse modo, ele é programático, e sua violação normalmente não pode ser contestada por indivíduos, salvo se forem completamente insensatas ou ausentes[106].

### *b. O dever de prestar*

Em casos excepcionais, contudo, o dever de garantir se transforma até em dever de prestar determinados serviços. Isso é muito evidente no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais. Quando ocorre, por exemplo, uma catástrofe natural ou outro desastre que ameaça a vida das vítimas, que passam fome e não têm acesso à água potável, o Estado tem de ajudá-las mediante ações prestacionais. Se ele

---

[104] Cf. CeDesc, comentário geral n. 12 (1999), § 15.

[105] Kälin, W.; Künzli, J. *Universeller Menschenrechtsschutz*. Basel: Helbing & Lichtenhain, 2005, p. 113.

[106] Importante, a esse respeito, é a jurisprudência da Suprema Corte da África do Sul, em particular, o caso *Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom and others,* 2001 (1) AS 46 (CC) – sobre o direito à moradia adequada. Vide também: Budlender, G. Implementing jugdements on positive obligations of States. 15 *Interights Bulletin,* 2006, p. 139.

não dispõe de recursos financeiros suficientes ou do equipamento necessário para ampará-las, deve pedir ajuda internacional[107].

As vítimas cujos direitos humanos são violados podem processar o Estado no caso do não cumprimento do dever de prestação. No entanto, como os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser examinados (ainda) apenas parcialmente pelos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, é geralmente justificado deduzir as correspondentes consequências por referência aos direitos civis e políticos, em particular o direito à vida. Por exemplo, é discutido que, em vez de derivar a obrigação de tomar medidas contra uma catástrofe que redunde em fome da população, do direito previsto no art. 11 (2) do PIDESC, que estipula que os "Estados Signatários do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de ser protegida contra fome, adotarão [...] medidas [...]", se (também) se referir ao direito à vida, que igualmente exigiria, nesse caso, a adoção de medidas que visem proteger as vidas daqueles indivíduos que estão passando fome. Essa é a discussão sobre o *minimal core content* (conteúdo mínimo) dos direitos humanos e sua função como *survival rights*[108].

> No **Caso 3**, o senhor A tem razão: o Estado violou o direito de estar protegido contra a fome, conforme o art. 11 (2) do PIDESC. Em face da catástrofe natural, o Estado estava obrigado a prestar assistência alimentar ou, pelos menos, organizá-la. Mas, como o Protocolo Opcional do PIDESC ainda não entrou em vigor, o senhor A não pode submeter uma comunicação individual ao Comitê do Pacto. Ele deve examinar, então, se o Estado X ratificou o Protocolo Facultativo ao PIDCP, e, em caso positivo, alegar uma violação do seu direito à vida em combinação com outras garantias.

## III. Obrigações processuais

Menção em lugar destacado merecem as obrigações processuais, porque podem ser percebidas como deveres genéricos dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos[109]. No centro deles está o dever de garantir, nas palavras do art. 2º (3) do PIDCP,

---

[107] Vide, para a discussão sobre as obrigações (horizontais) dos Estados de oferecer tal ajuda: SEPÚLVEDA, M. Obligations of "international assistance" in an Optional Protocol to the International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights. 24 *Netherlands Quarterly of Human Rights,* 2006, p. 271.

[108] Cf. ALSTON, P. Out of the abyss: the challenges confronting the new UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 9 *HRQ,* 1987, p. 332; SANDVIK-NYLUND, M. *Caught in conflict:* civilian victims, humanitarian assistance and international law. 2. ed. Turku: Åbo Akademi University, 2004, p. 53ss. Nota-se que esse conceito ainda não é amplamente aceito. Cf. COOMANS, F. The Ogoni Case before the AfHPRCion. 52 *ICLQ,* 2003, p. 749ss.

[109] Ver Comissão de Direitos Humanos, Resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005, intitulada "Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law".

a) [...], que toda pessoa, cujos direitos e liberdades [...] tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo [...];

b) que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa, ou por qualquer outra autoridade competente [...];

c) o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

Portanto, as mais importantes obrigações são as de investigar, processar e punir de modo efetivo os autores de (presumíveis) violações de direitos humanos, o que implica um direito ao acesso à justiça pela potencial vítima.

Nota-se que o problema da impunidade é fortemente vinculado ao não cumprimento dos deveres processuais, pois resulta muitas vezes da falta de vontade dos órgãos estatais de perseguir violações de direitos humanos ou de sua completa omissão. Essa inércia é muito grave, porque fomenta amplo desrespeito às garantias fundamentais que procuram proteger a dignidade humana: por um lado, agentes que sabem que não serão punidos tendem a repetir seus crimes; por outro, espalha-se desconfiança em relação às instituições do Estado.

Como o art. 2º (3) do PIDCP não estabelece um direito subjetivo, é necessário interpretar as garantias à luz do Pacto para deduzir as respectivas obrigações processuais[110]. Há farta jurisprudência que as concretiza, em particular no que se refere às violações graves de direitos humanos que envolvem o direito à vida[111]. De modo semelhante, podem ser interpretadas as garantias da ConvADH à luz do seu art. 1º (1) e do art. 25º [112].

## IV. Obrigação de garantir os direitos humanos sem discriminação

Outro dever importante que decorre da afirmação dos direitos humanos é o de respeitá-los, protegê-los e prestá-los sem discriminação. Esse dever também pode ser identificado como um dos princípios basilares do DIDH, e não é apenas reconhecido por quase todos os instrumentais internacionais, mas também vale como costume internacional.

---

[110] Cf. CeDH, *Celis vs. Peru*, com. n. 520/1993 (1996), § 8.3 – 10; CeDH, *Bautista de Arellana vs. Colômbia*, com. n. 563/1993 (1994), § 8.2.

[111] Vide o § 14 sobre o direito à vida neste *Manual*.

[112] Cf. CtIDH, *Castillo Paez vs. Peru*, Series C, n. 34 (1997), Judgment of 3 November 1997, § 80-90.

Com boas razões, pode se sustentar que essa obrigação tenha mesmo o *status* de *ius cogens*[113] . Contudo, uma importante diferenciação pode ser feita: esse *status* se refere (ainda) à sua vigência como proibição de discriminação "acessória", que somente é violada junto com outro direito humano. Isso significa que, caso os Estados restrinjam, de modo legítimo, determinados direitos humanos – por exemplo, negar proteção a vítimas por razões admissíveis, ou recusar-se a implementar medidas prestacionais, sem violação de obrigações jurídicas –, eles têm de fazer isso "sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"[114]. Vide para a diferença conceitual entre proibições "acessórias" e "autônomas" o § 19 deste *Manual*.

## V. Obrigações *erga omnes*

As obrigações antes analisadas referem-se à relação entre Estado e indivíduo. Como elas são as mais importantes, podem ser chamadas de "obrigações primárias" ou pensadas como "obrigações verticais". Contudo, não são os únicos deveres decorrentes do DIDH. Pelo contrário, há outra série de "obrigações secundárias" ou "horizontais".

As mais famosas são as chamadas *erga omnes* . Segundo a Corte Internacional de Justiça, elas emanam de normas tão significativas que todos os Estados teriam um interesse legal na sua proteção[115]. Trata-se, portanto, de obrigações *vis-à-vis* a comunidade dos Estados. Como já visto, no contexto da discussão dos direitos humanos vigentes como *ius cogens*[116] , há consenso em que suas garantias fundamentais estabelecem tais obrigações e que qualquer Estado é competente para reagir à sua violação.

Isso é notável porque, no Direito Internacional Público, vale a regra de que Estados somente podem tomar contramedidas (*countermeasures*) – antigamente chamadas "represálias" – em relação a outros, se seus próprios direitos e interesses forem diretamente afetados, pressupondo, por exemplo, o não cumprimento de um dever contratual em relação bilateral ou multilateral[117]. De fato, observa-se que todos

---

[113] Cf. CtIDH, *Juridical condition and rights of undocumented migrantes*, Advisory Opinion OC-18/03, 17 September 2003, § 101.

[114] Art. 2º (1) do PIDCP e art. 2º (2) do PIDESC. Cf. também, em vez de muitos outros instrumentos internacionais, o art. 1º (1) da ConvADH e o art. 3º do Protocolo de San Salvador.

[115] CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Company Case [Belgium vs. Spain]*, *ICJ Reports*, 1970, p. 3, § 33.

[116] Vide o § 4, II, 2.

[117] Cf. os arts. 49 e ss. dos ILC-Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, que regram

os tratados de direitos humanos criam não só obrigações *vis-à-vis* o indivíduo, mas também *vis-à-vis* os outros Estados-Partes. Há autores que, por isso, as chamam de "obrigações *erga omnes partes*"[118]. As obrigações *erga omnes* distinguem-se delas porque valem como costume internacional em relação a todos os Estados do mundo, ou seja, à comunidade de Estados inteira. Eles obrigam os Estados a promover o respeito universal pelos direitos humanos. Contudo, o que ainda não está claro é a questão de saber se os Estados podem aplicar (determinadas) contramedidas – medidas, a princípio, ilegais no Direito Internacional Público – para sancionar Estados violadores de direito humanos[119]. Parece que a resposta é afirmativa no que se refere às graves e sistemáticas violações de direitos humanos[120], por exemplo, no caso de "limpezas étnicas"[121].

> No **Caso 4**, as medidas tomadas pelo Estado Y, o cancelamento da assistência financeira e suspensão das relações econômicas com o Estado X, são plenamente compatíveis com o Direito Internacional Público. Não se trata de "represálias" (contramedidas), mas de "retorsões"[122] – atos pouco cordiais, mas que não violam quaisquer obrigações jurídicas internacionais. Exemplo para uma represália seria um caso em que o Estado Y confiscasse a propriedade do Estado X, em reação à situação exposta. Caso isso acontecesse sem qualquer advertência (e/ou outra medida) por parte do Estado Y, para fazer o Estado X respeitar os direitos dos seus povos indígenas, pareceria controverso procurar justificá-la com referência às obrigações *erga omnes.*

---

os pressupostos da contramedida.

118 Kälin, W.; Künzli, J. *Universeller Menschenrechtsschutz*. Basel: Helbig & Lichtenhain, 2005, p. 99.

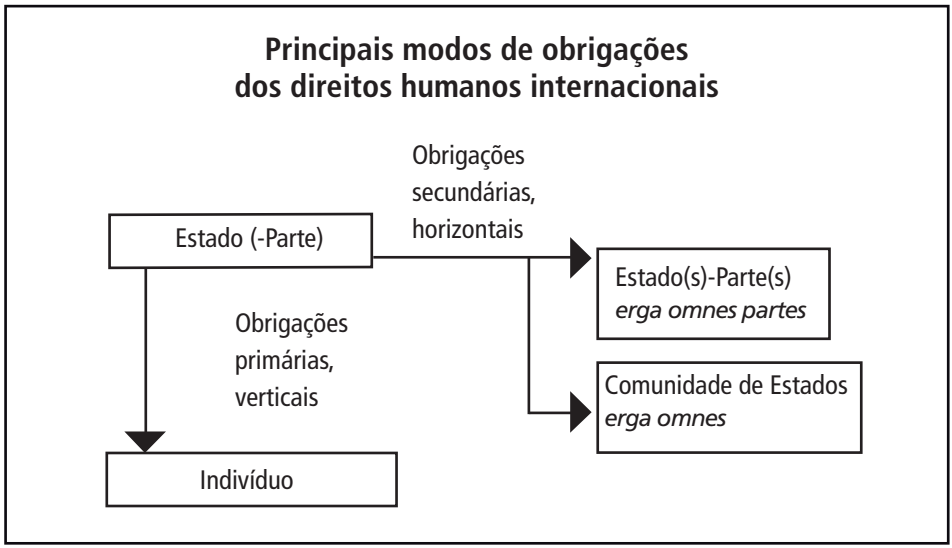
119 Cf. art. 54 dos ILC-Draft Articles e Herdegen, M. *Völkerrecht*. 5. Aufl. München: Beck, 2006, p. 398.

120 Neste ponto, entra a discussão sobre a *responsibility to protect* como obrigação horizontal dos Estados. Ela é vinculada com a discussão sobre a legalidade e os pressupostos de intervenções humanitárias. Vide, para detalhes, Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change. "A More Secure World: our shared responsibility". UN doc. A/59/565, 2 December 2004. Stahn, C. Responsibility to protect: political rhetoric or emerging legal norm. 101 *AJIL*, 2007, p. 99; Wills, S. The 'responsibility to protect' by international peace support forces under international human rights law. 13 *International Peacekeeping*, 2006, p. 477.

121 O "estranhamento" que o CIJ provocou na doutrina por ocasião do caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Julgamento de 26 de fevereiro de 2007, 46 *ILM*, p. 188) não pode ser exposto aqui. Vide, por exemplo, Gibney, M. Genocide and state responsibility. 7 *HRLR*, 2007, p. 760.

122 Cf. Hobe, S. *Einführung in das Völkerrecht*. 9. Aufl. Köln: UTB, 2008, p. 244.

## VI. Resumo




**Informações úteis:** Já foi recomendada várias vezes a leitura dos "General Comments" (comentários gerais) como documentos importantes para a interpretação dos direitos humanos. Neles, os Comitês das Convenções universais explicam, v. g., quais obrigações decorrem do acordo em questão – de forma geral ou especificamente a um determinado direito. Os "General Comments" encontram-se disponíveis no endereço: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx> (acesso em: 15 abr. 2009).

# Capítulo 4: A interpretação e a subsunção dos direitos humanos internacionais

**Sumário:**

§ 9 Interpretação
I. Interpretação com base nos textos autênticos
II. Interpretação autônoma
III. A metodologia geral de interpretação de tratados internacionais
IV. *Effet utile* e interpretação dinâmica
§ 10 A subsunção sob a estrutura de exame de um direito humano
I. Estrutura geral de exame de um direito humano
1. Ingerência no âmbito de proteção
2. Legalidade da ingerência com o direito intraestatal
3. Finalidade legítima da ingerência
4. Proporcionalidade da ingerência
II. O exemplo prático
1. O caso (hipotético)
2. Solução (esboço)
3. Avisos supletivos

**Bibliografia:** Bossuyt, M. J. *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights.* Dordrecht, 1987; Letsas, G. *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights.* Oxford: OUP, 2009; Orakhelsashvilli, A. Restrictive interpretation of the human rights treaties in the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights. *EJIL,* 2003, p. 529; Schilling, T. *Internationaler Menschenrechtsschutz.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2003; Villiger, M. E. Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the case-law of the European Court of Human Rights. In: Bröhmer, J. et al. (Hrsg.). *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte:* Festschrift für G. Ress. Berlin: Heymanns, 2005, p. 317.

Há uma grande diferença entre o discurso público sobre a vigência dos direitos humanos internacionais e sua defesa prática: defender os direitos humanos internacionais significa, sobretudo, aplicar e interpretar *lege artis* as normas do DIDH como fundamentos de pretensões contra o Estado. Por isso, no cerne deste trabalho, menos se reproduzem manifestações acadêmicas ou até ideológicas sobre a compreensão de uma determinada situação jurídica; muito mais, ele parte do teor

da(s) respectiva(s) garantia(s) jurídica(s). Afinal, são delas que decorrem as obrigações jurídicas e nelas que os órgãos nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos fundam seus raciocínios.

Como Estados frequentemente negam violações de direitos humanos, referindo-se a uma "outra compreensão" do conteúdo das respectivas garantias, é preciso comprovar o contrário de maneira tão persuasiva quanto possível, isto é, por uma interpretação que obedece aos requisitos mínimos de um trabalho profissional na área do DIDH. Este capítulo expõe as "ferramentas" mais básicas para determinar violações de direitos humanos, explicando a interpretação metodologicamente correta de direitos humanos, assim como a subsunção sob a estrutura do exame de uma violação de direito humano.

## § 9 Interpretação

Em comparação com a interpretação de tratados internacionais "ordinários", a forma interpretativa dos direitos humanos mostra algumas particularidades que devem ser conhecidas, notadamente para prestar serviços adequados às potenciais vítimas de violações de direitos humanos que merecem defesa efetiva e profissional.

### I. Interpretação com base nos textos autênticos

Erros são facilmente cometidos quando da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, esquecendo-se que sua interpretação precisa ser feita com base em textos autênticos: aqueles que os Estados-Partes oficialmente declaram como vinculantes.

Há boas razões para essa prática, em especial no que se refere a tratados multilaterais. Os Estados têm consciência do fato de que, em certos casos, é impossível traduzir o teor de uma norma internacional de forma absolutamente correta para outro idioma. No mais, eles sabem que acontecem frequentemente falhas de tradução que modificam o sentido original do texto aprovado. A fim de reduzir a insegurança jurídica decorrente desses riscos previsíveis, eles determinam quais versões textuais são oficialmente aplicáveis. Em outras palavras: a versão em português que o legislador brasileiro aprovou nem sempre pode ser utilizada, em nível internacional, como base de interpretação. Pressuposto para isso é que seja reconhecido como texto autêntico pelos respectivos instrumentos internacionais.

Diante disso, ressalta-se, no que se refere aos tratados universais de direitos humanos, que não existe um texto autêntico em idioma português. Com efeito,

o art. 53 do PIDCP, como muitas outras convenções universais, só autoriza a interpretação dos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo[123]. Porém, no sistema interamericano de direitos humanos a situação jurídica é outra, pois seus instrumentos reconhecem normalmente quatro textos como autênticos: as versões em espanhol, francês, inglês e, sim, em português.

## II. Interpretação autônoma

Outra regra fundamental diz respeito à interpretação autônoma dos termos do DIDH. É preciso levar em conta que a proteção dos direitos humanos no plano internacional não pode e não deve seguir as várias definições e interpretações (diferentes) feitas por instituições nacionais. Se esse fosse o caso, os direitos humanos correriam o risco de ser instrumentalizados por interesses políticos. Por isso, os termos do DIDH têm de ser interpretados autonomamente, sem recorrer às ordens jurídicas nacionais. Consequentemente, o fato de existir o mesmo termo no ordenamento jurídico intraestatal não necessariamente implica que ele pode ser interpretado de modo igual.

Exemplo disso é a interpretação do termo "propriedade". Como se sabe, os legisladores nacionais possuem noções bem singulares sobre quais coisas (*res*) devem ser constitucionalmente protegidas como propriedade. É claro que o legislador cubano tem uma noção diferente da do legislador americano sobre o âmbito de proteção desse direito. Além do fato de que conduzir um estudo comparativo significaria uma tarefa hercúlea para os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, eles não devem entrar em tais considerações, porque estão, acima de tudo, obrigados pelo texto do respectivo acordo, bem como pelo outro direito internacional, por exemplo, a aplicar o direito dos tratados internacionais, que regula, como vamos ver agora, a metodologia da interpretação desses instrumentos.

## III. A metodologia geral da interpretação de tratados internacionais

O ponto de partida para qualquer interpretação de tratado sempre é o seu teor, o sentido comum (literal) da norma sob exame. Como é normalmente difícil depreender quaisquer intenções claras dos Estados-Partes, é preciso aplicar critérios

[123] Ver também art. 31ª do Pidesc, art. 54 da CDC e art. 33 da CCT.

suplementares ao determinar o conteúdo exato de normas do Direito Internacional Público. Esses critérios estão contidos nos quatro parágrafos do art. 31 da CVTI. Embora não haja hierarquia entre eles, seu arranjo determina a ordem do exame.

Conforme o art. 31 (1) da CVTI, que vale como costume internacional[124], "Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade".

Assim, são estipulados os elementos principais da interpretação de tratados internacionais:

**São eles:**

- a *boa-fé* como princípio geral da interpretação
- o teor (*interpretação gramatical*)
- o contexto (*interpretação sistemática*)
- o objetivo e a finalidade (*interpretação teleológica*)

Quais elementos podem ser usados para a interpretação sistemática define mais precisamente o art. 31 (2) da CVTI. No que se refere à interpretação de tratados internacionais de direitos humanos, é particularmente importante o aviso de que o preâmbulo e os anexos do tratado sob exame também podem ser incluídos na consideração. De fato, eles contêm muitas vezes constatações preciosas que permitem compreender, da melhor forma, a vontade e as intenções dos contratantes. Ressalve-se, contudo, que não é decisiva a vontade subjetiva nem dos Estados-Partes nem do intérprete, mas a vontade objetiva dos contratantes.

Afinal, a interpretação tem de ser feita "à luz de seu objetivo e finalidade". Para averiguar de forma mais adequada a vontade objetiva dos Estados-Partes, podem ser consultados os *travaux préparatoires* (trabalhos preparatórios), no entanto, apenas como meios subsidiários de interpretação (art. 32 da CVTI). Nesse contexto, é importante conscientizar-se do seguinte: como o Direito Internacional Público corresponde a um ordenamento jurídico muito dinâmico, ele precisa reagir com certa flexibilidade aos desenvolvimentos mais importantes no sistema internacional. Isso justifica relativizar a vontade histórica (original) dos Estados-Partes, que até aceitaram, juridicamente vinculante, que ela desempenhe um papel subordinado na interpretação de tratados internacionais. Por essa razão, o art. 31 da CVTI autoriza

[124] CIJ, *Case Concerning Oil Platforms (Iran vs. USA), ICJ Reports,* 1996, p. 803, § 23.

oficialmente a aplicação de uma interpretação "evolutiva". Relevância prática tem, em particular, seu § 3, letra "b". Ele permite considerar "[...] qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação".

No que se refere, em especial, à interpretação de tratados de direitos humanos, a jurisprudência e a doutrina concordam que a "prática seguida posteriormente" também abrange a prática dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez que eles são autorizados a decidir litígios ou a zelar pela contínua concretização do conteúdo das garantias sob seu monitoramento[125].

Isso significa que tanto as cortes internacionais de direitos humanos, mediante suas decisões contenciosas e consultivas, como os vários comitês e comissões estabelecidos para proteger os direitos humanos nos níveis universal e regional, podem influenciar a interpretação dessas garantias. Assim, aumenta particularmente a relevância da "jurisprudência" dos comitês das convenções "centrais", estabelecida a partir das comunicações individuais, assim como dos "comentários gerais", por meio dos quais esses órgãos explicam aos Estados como eles devem interpretar e implementar os direitos e obrigações estipulados pelos respectivos acordos.

## IV. *Effet utile* e interpretação dinâmica

Como vimos, o princípio da interpretação evolutiva aplica-se a todos os tratados internacionais e, por conseguinte, também aos tratados de direitos humanos. Com isso, cresce consideravelmente o significado da interpretação teleológica. No que se refere a tratados de direitos humanos, porém, essa interpretação progressiva deve ser feita de forma ainda mais "radical", sobrepondo-se de modo mais consistente a vontade dos Estados e, até mesmo, desvinculando-se dela, ao se colocarem os interesses de proteção dos indivíduos no centro das considerações finais. A razão disso é que hoje é amplamente reconhecido que os tratados internacionais de direitos humanos representam chamados "instrumentos vivos"[126], criados para garantir e otimizar a proteção de indivíduos e grupos contra assaltos à sua dignidade humana. Como o conteúdo das suas normas "abertas" precisa ser concretizado por seus aplicadores legais, vale o princípio da efetividade, também chamado *effet utile*. Ele exige escolher, entre duas ou mais opções de interpretação, aquela que garante melhor realização

---

[125] Ver Herdegen, M. *Völkerrecht*. 5. Aufl. München: Beck, 2006, p. 126.

[126] Cf. CtIDH, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the framework of the article 64 of the American Convention on Human Rights*. Opinião consultiva OC-10/89, 14 de julho de 1989, Ser. A, n. 10, § 43; CtEDH, *Tyrer vs. United Kingdom*. Julgamento em 25 de abril de 1978, Ser. A, n. 26, § 31.

da finalidade do tratado, isto é, a proteção e promoção prática e efetiva dos direitos humanos no momento da sua aplicação[127]. Diante desse pano de fundo proíbe-se, quase categoricamente, uma interpretação restritiva (do âmbito de proteção) dos direitos humanos, pelo contrário, vale tomar uma atitude progressiva e *pro homine*.

Tudo isso justifica falar de uma interpretação "dinâmica" de direitos humanos, em vez só de "evolutiva". Todavia, ressalva-se que ela precisa, a fim de evitar ser criticada como "ativismo político", seguir a metodologia de interpretação anteriormente mencionada, para que seja tão transparente quanto possível.

Acrescenta-se, ainda, nesse contexto, que os dispositivos dos tratados internacionais de direitos humanos jamais devem ser interpretados

> [...] no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos [...] ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas [...] previstas [...][128]

no instrumento sob exame. Igualmente inadmissível é interpretar tratados internacionais de direitos humanos como se suas garantias permitissem

> [...] qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte [...] em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que [o respectivo instrumento] não os reconheça ou os reconheça em menor grau[129].

## § 10 A subsunção sob a estrutura de exame de um direito humano

Além da dominação da técnica de interpretação, a defesa de direitos humanos também exige saber como subsumir, de forma metodologicamente correta, os fatos relevantes sobre um direito humano. Afinal, uma subsunção *lege artis* não só tem a grande vantagem de evitar digressões desnecessárias sobre o potencial conteúdo e significado de um direito humano, como é condição básica para a identificação

---

127 Nas palavras da CtIDH (*The right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process law*. Opinião consultiva OC-16/99, 1º de outubro de 1999, § 58): "The object and purpose of the American Convention is effective protection of human rights. Hence, when interpreting that Convention the Court must do it in such a way that the system for the protection of human rights has all its appropriate effects (effet utile)".

128 Cf. art. 5º (1) do PIDCP.

129 Cf. art. 5º (2) do PIDCP. Vide também o art. 29º da ConvADH e Mazzuoli, V. de Oliveira (in: Gomes, L. F.; Mazzuoli, V. de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 188-191).

do problema jurídico central do respectivo caso. Portanto, ela é uma ferramenta indispensável para se dirigir os esforços para o enfoque pertinente e não desperdiçá-los para o desenvolvimento de uma argumentação pouco relevante ou até irrelevante.

Contudo, não há uma técnica "oficial" de subsunção empregada pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. Quem estuda a jurisprudência desses órgãos, para analisar com base em qual estrutura de exame eles fazem a subsunção dos casos, muitas vezes restará decepcionado, pois terá sérias dificuldades em encontrar tal estrutura.

A razão principal disso é que ela é aplicada antes da elaboração escrita dos motivos da decisão. Nesses, os juízes e peritos concentram-se nas colocações centrais da questão para explicar suas conclusões. Não obstante isso, eles utilizam basicamente a mesma estrutura de exame e subsumem com base nela. Sua lógica decorre diretamente da estrutura normativa dos direitos humanos e, portanto, é muito mais do que uma mera opinião doutrinária.

Como se trata de uma tarefa importante, essa técnica deveria ser estudada e treinada nas universidades, a fim de se capacitarem futuros juristas para que possam realizar um trabalho verdadeiramente profissional.

## I. A estrutura geral de exame de direitos humanos

Nesse sentido, será brevemente exposta a estrutura geral de exame de direitos humanos para, subsequentemente, dar-se um exemplo prático em forma de caso hipotético.

**Os elementos da estrutura de exame são:**

- Ingerência no âmbito de proteção
- Legalidade da ingerência
- Finalidade legítima da ingerência
- Proporcionalidade da ingerência

Observa-se, no entanto, que, de forma particular, as proibições de discriminação apresentam algumas diferenças importantes a esse respeito. Contudo, sua estrutura de exame não pode ser explicada neste ponto[130].

[130] Mas vide § 19, III.

## 1. Ingerência no âmbito de proteção

Primeiramente, vale verificar se há ingerência no âmbito de proteção do direito humano sob exame. Em outras palavras, é preciso perguntar se um determinado ato – a presumível violação do direito humano – está dentro da esfera legal voltada à proteção dos direitos humanos. O que, de fato, pertence ao âmbito de proteção de um direito humano não pode ser constatado de forma abstrata, mas decorre do conteúdo concreto da respectiva garantia (que deve ser interpretada da forma explicada alhures).

Uma ingerência ocorre se o indivíduo não pode exercer, dentro dos limites do âmbito de proteção, o direito a ele garantido por lei, ou se ele tem de se sujeitar às desvantagens eventualmente existentes para o seu exercício. Todavia, como foi dito nos capítulos anteriores, o Estado só pode ser responsabilizado por atos imputáveis a ele ou caso a ingerência provenha de um agente privado e exista um dever de proteção estatal. Os principais pressupostos desse dever também já foram explicados.

Na prática interessam frequentemente não só um ato, mas vários. Em especial, coloca-se muitas vezes a questão de se a mera existência de uma determinada lei já pode resultar em uma ingerência no âmbito de proteção. É importante, nesse contexto, recordar que, ao menos no que se refere aos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, eles nem podem anular leis nacionais nem querem criticá-las de modo abstrato. Muito mais, eles se ocupam da decisão de casos individuais e, por isso, preferem dirigir sua atenção ao respectivo ato de execução[131].

Todavia, há uma exceção significativa dessa regra geral: pode advir uma violação de lei, até sem ato de execução, se ela mesma já cria um estado que efetivamente prejudique o exercício de um direito humano. Enfim, seria inaceitável se pessoas tivessem que se submeter às consequências decorrentes da aplicação daquela lei. Usualmente, são as leis penais que se enquadram nessa hipótese.

## 2. Legalidade da ingerência com o direito intraestatal

Uma vez constatada uma ingerência no âmbito de proteção, vale examinar sua legalidade, ou seja, considerar se ela pode ser justificada. Como já abordado, os direitos humanos, mesmo os mais fundamentais, admitem restrições. Portanto, as ingerências no âmbito de proteção não são necessariamente sempre ilegais.

---

131 CeDH, *Faurisson vs. France*, com. n. 550/1993 (1996), § 9.3.

Várias normas de direitos humanos referem-se ao direito intraestatal, por exemplo, exigindo que a ingerência não seja "ilegal"[132] ou "prevista em lei"[133]. Nesses casos, vale examinar a base legal do ato em questão. Contudo, trata-se de uma tarefa delicada para os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, já que se necessita da análise de uma esfera legal que eles não conhecem muito bem. Por isso, eles seguem normalmente a jurisprudência dos tribunais nacionais referente à compatibilidade da ingerência com o direito doméstico. Afinal de contas, cabe a esses tribunais aplicá-lo e interpretá-lo.

Consequentemente, os órgãos internacionais só declaram uma lei nacional ilegal, caso ela não satisfaça os requisitos básicos do princípio do Estado de direito[134]. Em particular, eles verificam se o requisito de publicidade da lei foi respeitado, pois uma lei não publicada ou tornada inacessível para os cidadãos é claramente incompatível com esse princípio. O mesmo vale para as leis que carecem de conteúdo, cujo efeito é imprevisível. Tais leis não satisfazem o princípio de certeza.

## 3. Finalidade legítima da ingerência

Nos casos em que a ingerência seja legal, pergunta-se, no mais, se o ato em questão objetiva uma finalidade legítima. As finalidades que podem ser consideradas legítimas são habitualmente nomeadas pelo respectivo direito humano. Por exemplo, pode ser necessário perguntar se o ato serve para defender "a ordem pública" ou para proteger os "direitos de outros"[135].

Na prática, essa questão raramente causa problemas maiores. Por isso, os órgãos internacionais de proteção nem sempre o mencionam.

## 4. Proporcionalidade da ingerência

De grande relevância, no entanto, é a aplicação do princípio da proporcionalidade. Sob uma consideração *ex ante* – decisivo é o momento no qual a medida foi tomada e a ingerência ter sido necessária. Nesse contexto, o CeDH refere-se usualmente ao "requerimento de razoabilidade" (*requirement of reasonableness*), que implica que qualquer ingerência tem de ser "proporcional em relação ao fim aspirado

---

[132] Cf. arts. 9º, 12, 13 e 17 do PIDCP.

[133] Cf. arts. 9º, 14 e 21 do PIDCP.

[134] CeDH, *Faurisson vs. France*, com. n. 550/1993 (1996), § 9.5.

[135] Cf., por exemplo, os arts. 12 (3), 19 (3) e 21 do PIDCP e os arts. 13 (2), 15 e 22 (3) da ConvADH.

e necessário nas circunstâncias do caso dado"[136]. No caso de dúvida, restrições de direitos humanos devem ser interpretadas *pro homine*. O que tem de ser feito é uma verdadeira ponderação entre os interesses divergentes, pondo em destaque os argumentos que justificam o raciocínio.

## II. O exemplo prático

O seguinte exemplo prático deve demonstrar como a aplicação da estrutura geral de exame e a subsunção de um direito humano funcionam. Ressalva-se, no entanto, que a discussão das respectivas questões jurídicas foi reduzida ao mínimo necessário e pode ser conduzida, em outro contexto, de maneira muito mais extensa.

### 1. O caso (hipotético)

A senhora A é advogada e membro ativo da organização não governamental "Justiça Agora!" (JA). Como a JA não tem dinheiro para alugar uma sala que sirva de sede para a organização, a senhora A disponibiliza o endereço de seu próprio escritório para a JA.

O senhor B é empresário e acusado de ter corrompido funcionários públicos. Já no segundo dia da audiência principal, o juiz presidente revoga a ordem de prisão contra B por falta da necessária suspeita. Por conseguinte, o juiz recebe uma carta em que é censurado por "prevaricação judicial", por ser igualmente "corrupto" e ser "membro do crime organizado que explora há muitos anos nosso país". O assinante declara ser o "senhor C, membro da JA". Ele exige a condenação do senhor B e ameaça destruir "o carro ou outra coisa" do juiz, caso não haja condenação.

No dia seguinte, o tribunal remete um mandado de busca para revistar o escritório da senhora A. Os policiais folheiam todos os arquivos de clientes dela que trazem a letra "C". Além disso, eles abrem todas as pastas com a etiqueta "JA". Nada obstante, eles não acham nenhuma informação revelando a identidade do senhor C e sua filiação com a JA.

A senhora A protesta contra esse procedimento, mas todos os seus remédios e recursos são rejeitados. Tendo esgotada a via judicial interna, ela manda uma comunicação individual ao Comitê de Direitos Humanos (CeDH), entre outros, alegando uma violação do seu direito ao respeito pela vida privada, de acordo com o art. 17 do PIDCP.

---

[136] Cf. CeDH, *Toonen vs. Austrália*, com. n. 488/1992 (1994), § 8.3.

**Questão:** Supondo que a comunicação da senhora A seja admissível, era a busca compatível com art. 17 do PIDCP? Como decidirá o CeDH? Obs.: Cf. também o art. 14 do PIDCP.

## 2. Solução (esboço)

O caso deve ser solucionado do seguinte modo:

### *A.[137] Compatibilidade da busca no escritório da senhora A com o art. 17 (1) do PIDCP*

Pergunta-se se foi compatível com o art. 17 (1) do PIDCP que os policiais folheassem os arquivos de clientes da senhora A, assim como as pastas da JA.

#### I. Ingerência no âmbito de proteção

Pressupõe-se que os documentos no escritório da senhora A são protegidos pelo direito ao respeito pela vida privada. O art. 17 (1) do PIDCP garante que "Ninguém poderá ser objeto de ingerência arbitrária ou ilegal em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência [...]".

Seu teor pode ser compreendido de duas maneiras diferentes: por um lado, a "vida privada" pode ser entendida como o contrário da "vida profissional". Nesse caso, não haveria uma ingerência no âmbito de proteção do art. 17 (1) do PIDCP, considerando que o escritório da JA não corresponde ao endereço particular da senhora A. Por outro lado, é possível interpretar o termo "vida privada" de forma mais extensa, distinguindo-a da "vida pública". Então, o exercício da profissão de advogada, ainda que em seu escritório, poderia ser qualificado como parte da esfera não pública, isto é, privada.

Portanto, é necessário interpretar o caso constatando-se a existência do direito ao respeito pela vida particular. Segundo o art. 31 (1) da CVTI, que vale como costume internacional, deve ser considerado, para além do sentido comum, o contexto da garantia e seu objetivo e finalidade.

No que se refere ao contexto, observa-se que o direito ao respeito pela vida particular do art. 17 abrange quatro subáreas de proteção, entre elas a proteção da correspondência. Não há quaisquer indícios de que a correspondência profissional

[137] Aviso geral: trata-se de uma tendência atual numerar artigos, livros etc. de forma numérica (1., 1.1., 1.1.1. etc.). Contudo, é comprovado que esse sistema de numeração não é vantajoso. Em particular, ele contribui pouco para a clareza do texto. Por isso, especialistas em lógica jurídica recomendam a aplicação do sistema tradicional com letras e números: A., I., 1., a), aa) etc.

não esteja abrangida. Sua menção deixa claro que o art. 17 não só protege a esfera mais íntima das pessoas, mas também as relações destas com outras, os contatos com o mundo externo. Tais contatos decorrem frequentemente da vida profissional ou comercial. Portanto, a interpretação do contexto favorece a inclusão dos documentos existentes no escritório da senhora A no âmbito de proteção do art. 17 (1) do PIDCP.

Enfim, também o objetivo e a finalidade exigem tal compreensão extensiva, pois observa-se que é muitas vezes difícil fazer uma distinção sensata entre a vida privada *stricto sensu* e a vida profissional. Portanto, para se reconhecer nesse caso o direito ao respeito pela vida privada, de forma mais efetiva e prática, é preciso optar pela interpretação que favorece (*effet utile*) a inclusão dos arquivos e pastas que se encontram no consultório, no âmbito de proteção do art. 17 (1) do PIDCP. A jurisprudência de outros órgãos internacionais de proteção de direitos humanos corrobora esse entendimento.

Como os documentos contêm informações relativas a pessoas que são clientes da senhora A ou membros da JA, sua leitura pelos policiais representa ingerência estatal nos termos do art. 17 (1) do PIDCP.

### II. Legalidade da ingerência de acordo com o direito intraestatal

Contudo, essa garantia somente protege contra "ingerências arbitrárias e ilegais". Pergunta-se, portanto, se o mandado de busca possui uma base legal. O Código de Processo Penal brasileiro dispõe sobre tal base legal nos seus arts. 240 e 250. Como as instâncias nacionais não constataram uma aplicação errada desses dispositivos acessíveis e precisos, resta examinar se a ordem de busca pode ser considerada um ato arbitrário. Como o juiz foi agredido verbalmente pela carta do "senhor C", que assinou em nome da JA, que usa o escritório da senhora A como endereço oficial, não pode ser dito que a ordem fosse um ato completamente arbitrário. Portanto, a ingerência foi legal.

### III. Proporcionalidade da ingerência

No mais, a ingerência tem de ser sido proporcional.

#### 1. Finalidade legítima da ingerência

Primeiro, ela tinha de servir a uma finalidade legítima. Proteger a honra e outros bens jurídicos do juiz, ameaçados pelo "senhor C", definitivamente representa tal finalidade.

2. Necessidade da ingerência

Enfim, pergunta-se se a busca no escritório da senhora A foi realmente necessária, ou seja, proporcional *stricto sensu*. Decisiva é uma consideração *ex ante*.

Nota-se, primeiro, que evidentemente não havia, por falta de outros avisos, outra opção para obter a identidade do "senhor C", além da medida tomada. Contudo, isso não significa que ela era realmente necessária. Muito mais, é mister ponderar o significado do fim visado com a medida tomada com a gravidade da ingerência.

Por um lado, o interesse de averiguação é, sem dúvida, ponderado, porque o "senhor C" não apenas insultou o juiz, mas também tentou coagi-lo a condenar o senhor B. Além disso, existia o perigo de que ele cometesse mais delitos. O que estava sob ameaça era não menos que a operacionalidade do Judiciário.

Por outro lado, observa-se que escritórios de advocacia precisam de uma proteção jurídica especial. Poderiam as autoridades estatais, sem mais, acessar os documentos de um advogado, colocando em xeque o princípio da ampla defesa – princípio protegido pelo art. 14 (3), d, do PIDCP. Ele garante que os clientes de advogados podem confiar que os documentos referentes à sua causa e entregues ao poder do advogado permanecerão sigilosos. Isso implica que eles precisam ter certeza de que nenhuma outra pessoa tem o direito de acessar arbitrariamente esses documentos.

Importante para a ponderação dos dois interesses em causa é também outro fator: o grau da probabilidade de que a leitura dos documentos da senhora A realmente resultará na obtenção de informações que possibilitem as averiguações necessárias. A carta enviada pelo "senhor C" não continha referência alguma ao consultório da senhora A. Ele meramente declarava atuar em nome da ONG "JA". Embora a única opção para identificar o "senhor C" fosse a leitura das pastas da JA, a probabilidade de achar tal informação nelas era relativamente baixa. Nesses casos, pode-se supor que o autor não revelaria sinceramente seus dados pessoais, dando avisos explícitos.

Diante desse pano de fundo, a proteção da devida defesa penal – *in dubio pro libertate* – tem mais peso do que o interesse de averiguação estatal. Portanto, a ingerência não parece necessária, muito mais, deve ser considerada desproporcional.

***B. Resultado***

A busca nos documentos da senhora A é uma violação ao art. 17 (1) do PIDCP. Nesse caso, o CeDH normalmente constata:

> The Human Rights Committee, acting under article 5, paragraph 4, of the Optional Protocol to the International Covenant on Political and Civil Rights, is of the view that the facts before it disclose a violation of article 17 (1) of the Covenant.

## 3. Avisos supletivos

No mais, o CeDH refere-se regularmente ao art. 2º (3), a, do Pacto, que prevê que

> [...] toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; [...].

Dependendo da violação de direito humano constatado, o CeDH também define as medidas necessárias para impedi-la ou compensá-la adequadamente. Habitualmente, ele comunica aos Estados sua decisão, contra a qual não é possível recurso, e, no mais, concede a eles um prazo de 90 dias para relatar sobre a implementação da sua decisão. Há alguns anos, ele também utiliza um "Special Rapporteur on Follow-Up on Views" que acompanha o cumprimento desse dever pelos Estados. Ele é autorizado para

> [...] take such action as appropriate for the due performance of the follow-up mandate. The Special Rapporteur shall make such recommendations for further action by the Committee as may be necessary[138].

Os outros Comitês das "convenções centrais" que possuem competência para receber queixas individuais adotaram também tais *follow-up procedures*[139].

**Informações úteis na internet:** Importante estudar a "jurisprudência" produzida pelo CeDH e outros órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos. O *link* é <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>. (Acesso em: 14 abr. 2009).

---

[138] Vide a Regra 101 (2) das "Rules of Procedures" do CeDH, UN doc. CCPR/C/3/Rev. 8, do dia 22 de setembro de 2005, disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/index.htm> (acesso em: 5 mar. 2009).

[139] Cf., por exemplo, a Regra 114 das "Rules of Procedures" do Comitê contra a Tortura. Atenção: Não se confunde o *follow-up on view* com o *follow-up on concluding observations*!

# PARTE 2
## Direito Processual

A mera existência de direitos enumerados em instrumentos internacionais nunca foi suficiente para garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. É por essa razão que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos tinha-se a plena consciência de que era necessário desenvolver mecanismos para fazer valer os direitos enumerados nos instrumentos internacionais.

As normas internacionais de direitos humanos não se reduzem a declarar direitos; há mecanismos – muitas vezes altamente sofisticados – para lidar com as violações desses direitos tanto do ponto de vista preventivo como repressivo.

Nos capítulos a seguir, serão vistos os principais procedimentos e instituições devotados à proteção do ser humano em nível internacional; posteriormente, serão analisados os pressupostos de admissibilidade de petições ou comunicações individuais apresentados perante os procedimentos e instituições, cujo acesso é garantido aos indivíduos.

# Capítulo 5: Instituições e procedimentos

**Bibliografia:** Alston, Philip. Reconceiving the UN Human Rights regime: challenges confronting the new UN Human Rights Council. *Melbourne Journal of International Law,* Melbourne, v. 7, n. 1, p. 185-224, 2006; Alves, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade.* São Paulo: Perspectiva, 2005; Blake, Conway. *Normative instruments in international human rights law:* locating the general comment (CHR&GJ Working Paper 17, 2008). Disponível em: <http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/blake.pdf>. Acesso em: 31 maio 2009; Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997):* as primeiras cinco décadas. Brasília: EdUnB, 1998; Cançado Trindade, Antônio Augusto. La consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano en la agenda de los derechos humanos del siglo XXI. In: Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 129-142; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI.* San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001; Lima Júnior, Jayme Benvenuto (Org.). *Manual de direitos humanos internacionais:* acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Loyola, 2002; Carvalho Ramos, André de. *Direitos humanos em juízo:* comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001; Shelton, Dinah. *Regional protection of human rights.* New York: Oxford University Press, 2008; Steiner, Henry J.; Alston, Philip; Goodman, Ryan. *International human rights in context:* law, politics, morals. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2008.

## § 11 Instituições e procedimentos no sistema universal

**Sumário:**

I. Mecanismos extraconvencionais da ONU
   1. Direitos humanos e os órgãos principais da ONU
   2. O Alto-Comissariado para os Direitos Humanos
   3. O Conselho de Direitos Humanos
      a. A revisão periódica universal
      b. Os procedimentos especiais
      c. O procedimento de reclamações

II. Mecanismos convencionais
   1. Procedimento de consideração dos relatórios dos Estados-Partes
   2. Comunicações individuais
   3. Reclamações interestatais
   4. Investigações

**Caso 1**: O senhor A é preso em seu Estado de origem por não cumprir um contrato de compra e venda com a senhora B. O senhor A apresenta uma comunicação ao Comitê de Direitos Humanos, alegando que o art. 11 do Pacto de Direitos Civis e Políticos foi violado. Se o Estado de origem do senhor A não aceita a competência do Comitê de Direitos Humanos para comunicações individuais, este pode ser competente para apreciar a questão? Em caso negativo, o que pode fazer o Comitê?

**Caso 2**: As senhoras P e Q pretendem denunciar o Estado em que residem por diversas violações aos direitos humanos. No entanto, têm elas dificuldade de apresentar uma comunicação aos órgãos internacionais. Decidem, então, informar um Estado estrangeiro sobre as violações. Este Estado estrangeiro decide, pois, encaminhar uma comunicação interestatal ao órgão internacional competente. Levando em conta que a comunicação interestatal surgiu da denúncia de nacionais do Estado denunciado, ela é possível?

**Caso 3**: Diversos indivíduos, de maneira organizada, pressionam o Secretário-Geral da ONU para criar um procedimento especial sobre certo assunto ou certo Estado. Está o Secretário-Geral obrigado a fazê-lo? Sua omissão poderá gerar sua responsabilização no plano do direito internacional?

Convencionou-se dizer que os mecanismos existentes no sistema universal de proteção dos direitos humanos são dois: os mecanismos convencionais e os mecanismos extraconvencionais. Os mecanismos convencionais são aqueles criados no âmbito de tratados específicos, como o Pacto de Direitos Civis ou a Convenção das Nações Unidas sobre direitos das crianças; tais instrumentos estabelecem órgãos para fiscalizar e monitorar o cumprimento dos tratados. Por sua vez, os mecanismos extraconvencionais são aqueles que existem no âmbito de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU). Em última instância, pode-se dizer que sua atuação baseia-se também em tratados – como a Carta da ONU, por exemplo –, contudo o seu mandato é entendido de maneira ampla e não se foca exclusivamente em um ou dois tratados, mas em vários deles, sem contar outras fontes de direito internacional.

## I. Mecanismos extraconvencionais da ONU

Das organizações internacionais de cunho universal, a ONU é, sem dúvida, a que conta com mecanismos extraconvencionais mais desenvolvidos, devotados especificamente ao tema dos direitos humanos.

## 1. Direitos humanos e os órgãos principais da ONU

A Assembleia-Geral pode discutir qualquer questão no âmbito da Carta das Nações Unidas. Historicamente, o tema de direitos humanos tem-se incorporado de maneira intensa à sua agenda. A Assembleia-Geral pode também votar resoluções. Durante sua existência, dezenas de resoluções foram aprovadas, contribuindo para o desenvolvimento de diversos aspectos relativos aos direitos humanos, desde a descolonização, passando pela luta contra o *apartheid* até o direito ao meio ambiente.

O Capítulo VII da Carta das Nações Unidas concede ao Conselho de Segurança mandato amplo para lidar com temas relativos à paz e segurança internacionais. Evidentemente esse tema possui uma forte ligação com os direitos humanos, dado que as violações a direitos são quase sempre causa ou consequência das grandes rupturas da paz ou da segurança internacionais. O Conselho de Segurança possui ao seu dispor dois importantes instrumentos com repercussões no respeito aos direitos humanos: ele pode determinar sanções econômicas a certos Estados ou mesmo utilizar-se da força em casos de graves comoções humanitárias. Paradoxalmente, direitos são respeitados ou violados por determinações do Conselho de Segurança. Se, algumas vezes, a ONU interveio em um conflito para evitar limpezas étnicas, outras vezes aprovou sanções que afetaram severamente o direito à vida e à alimentação de populações. A atuação do Conselho de Segurança, portanto, está longe de ser indiferente aos direitos humanos.

O Conselho Econômico e Social (Ecosoc), por lidar com diversas matérias, como problemas relativos à saúde, à economia, ao bem-estar social, ao emprego, à cultura e à educação, necessariamente produz um impacto sensível na questão dos direitos humanos. A importância do Ecosoc até pouco tempo atrás era mais notável nesse campo, tendo em vista que a Comissão de Direitos Humanos a ele se reportava. Hoje, o novo Conselho de Direitos Humanos reporta-se diretamente à Assembleia-Geral. Contudo, em virtude de seu campo de atuação amplo – como já expresso –, o Ecosoc é um órgão da ONU bastante relevante para os direitos humanos.

O Secretário-Geral, como órgão de extrema relevância política no âmbito da ONU, tem poder para influir decisivamente na agenda internacional em torno do tema, sem contar que sua atuação é capaz de direcionar a atuação dos demais órgãos da ONU para as questões relativas aos direitos humanos.

## 2. O Alto-Comissariado para os Direitos Humanos

Abaixo do Secretário-Geral, a ONU conta com um Alto-Comissariado para os Direitos Humanos. O Alto-Comissário é o principal funcionário da organização responsável pelo tema. O cargo é indicado pelo Secretário-Geral com a aprovação da Assembleia-Geral. As funções do Alto-Comissário abrangem a difusão dos direitos humanos no mundo, a negociação em situações de graves violações de direitos humanos e a solução de controvérsias sobre o tema. Embora do ponto de vista formal esteja o Alto-Comissário subordinado ao Secretário-Geral, na prática, tem ele adquirido uma grande autonomia, tendo um campo de atuação próprio e um grupo de funcionários cada vez mais numeroso[1].

Não obstante a existência de todos os órgãos acima citados – cuja relação é apenas exemplificativa –, um tem maior relevância para o âmbito dos direitos humanos, devido ao fato de se devotar exclusivamente ao tema: o Conselho de Direitos Humanos (antiga Comissão de Direitos Humanos).

## 3. O Conselho de Direitos Humanos

Em 2006, os membros das Nações Unidades decidiram substituir a antiga Comissão de Direitos Humanos, que existia desde 1946, pelo Conselho de Direitos Humanos. As razões para a mudança são várias, mas a maior crítica que vinha sofrendo a Comissão era a politização na sua composição e a forma com que abordava os temas relativos aos direitos humanos. De um lado, afirmava-se que não havia restrição alguma para que Estados acusados de serem grandes violadores dos direitos humanos pudessem compor o órgão; de outro lado, sustentava-se que a inexistência de um mecanismo que verificasse o cumprimento dos direitos humanos no mundo inteiro – somente havendo mecanismos que analisavam a situação dos direitos humanos em Estados específicos – promovia uma extrema politização na atuação da Comissão[2].

A atual composição do Conselho de Direitos Humanos permite rotatividade maior e mecanismos para evitar ou reprimir que Estados considerados grandes violadores dos direitos humanos possam ser membros. Cabe verificar se, no futuro, essa nova arquitetura não promoverá uma politização ainda.

---

[1] Ver Steiner, Henry J.; Alston, Philip; Goodman, Ryan. *International human rights in context:* law, politics, morals. 3. ed. Nova York: Oxford University Press, 2008, p. 738.

[2] Para um apanhado abrangente sobre as circunstâncias de criação do Conselho de Direitos Humanos, ver Alston, Philip. Reconceiving the UN Human Rights regime: challenges confronting the new UN Human Rights Council. *Melbourne Journal of International Law*, Melbourne, v. 7, n. 1, p. 185-224, 2006.

O Conselho de Direitos Humanos é composto por 47 membros. Ele possui competências[3] gerais, como a promoção dos direitos humanos, a difusão da educação em direitos humanos e a elaboração de instrumentos internacionais. Além disso, possui funções de investigação e monitoramento. Tais funções podem ser divididas em três grandes grupos: (a) revisão periódica universal; (b) procedimentos especiais (*special procedures*); (c) procedimento de reclamações (Procedimento 1503).

## *a. A revisão periódica universal*

A revisão periódica universal não existia com a antiga Comissão de Direitos Humanos. Ela permite que seja elaborado relatório contendo a situação dos direitos humanos em todo o globo. Um dos princípios mais importantes no qual o procedimento se baseia é a cobertura universal e o tratamento igualitário a todos os Estados na análise de questões sobre direitos humanos. Ainda não foi apresentado um relatório de trabalho no âmbito da revisão periódica universal. Espera-se, no entanto, que ele, quando elaborado, sirva para fortalecer os direitos humanos e não seja apenas um mecanismo pelo qual Estados inconformados com a atuação anterior da Comissão de Direitos Humanos possam agora demonstrar sua insatisfação política quando forem alvos de críticas no que se refere ao respeito aos direitos humanos.

## *b. Os procedimentos especiais*

Os procedimentos especiais surgiram da prática da Comissão de Direitos Humanos de investigar não Estados específicos, mas temas. A partir dos anos 1990, o número de procedimentos especiais aumentou exponencialmente. Nos dias atuais, os procedimentos especiais podem abranger temas e também Estados específicos. Sua denominação pode variar. Grupo de trabalho, relator especial, representantes especiais são apenas algumas denominações que recaem no rótulo mais amplo dos procedimentos especiais. O Conselho tem promovido esforços para uniformizar a terminologia.

Há uma flexibilidade patente tanto na criação quanto na atuação dos procedimentos especiais. A Resolução 5/1 do Conselho de Direitos Humanos[4]

---

[3] Para a descrição das competências do Conselho, ver a Resolução 60/251, de 15.3.2006, da Assembleia-Geral da ONU que criou o órgão. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf>. Acesso em: 20 maio 2009.

[4] Ver HRC 5/1, de 18.6.2008. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc>. Acesso em: 30 abr. 2009.

estabelece não mais que princípios gerais para as funções que devem ser desempenhadas pelos procedimentos especiais; por outro lado, o Conselho insistiu em estabelecer regras mais rígidas sobre a escolha dos membros que o compõem.

Mesmo ante a falta de clareza sobre as funções dos procedimentos especiais, algumas podem ser identificadas: (1) agir com urgência quando houver informações que sugiram que violações a direitos humanos estão acontecendo ou na iminência de ocorrer; (2) responder a alegações sobre violações que já hajam ocorrido; (3) realizar missões para a investigação de fatos quando houver alegações de violações; (4) examinar o fenômeno global de um tipo específico de violação a fim de compreender o problema e propor soluções; (5) clarificar a estrutura jurídica internacional aplicável para tratar de uma violação em particular; (6) apresentar pareceres anuais ao Conselho de Direitos Humanos, documentando suas atividades[5]. Essas funções são realizadas muitas vezes com o contato direto e a negociação com os Estados.

Há atualmente 30 procedimentos relativos a temas e 8 procedimentos relativos a Estados. Em relação a temas, existem procedimentos especiais quanto a: (1) moradia adequada; (2) pessoas de descendência africana; (3) detenção arbitrária; (4) venda de crianças; (5) educação; (6) desaparecimento forçado ou involuntário; (7) pobreza extrema; (8) alimentação; (9) dívida externa; (10) liberdade de opinião e expressão; (11) liberdade de religião ou crença; (12) saúde; (13) defensores dos direitos humanos; (14) independência dos juízes e advogados; (15) povos indígenas; (16) deslocados internos; (17) mercenários; (18) migrantes; (19) minorias; (20) racismo; (21) escravidão; (22) solidariedade; (23) terrorismo; (24) tortura; (25) produtos e rejeitos tóxicos e perigosos; (26) tráfico de pessoas; (27) empresas transnacionais e outras empresas; (28) água; (29) violência contra mulheres; (30) execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias[6]. Com respeito a Estados, há atualmente os seguintes procedimentos especiais: (1) Burundi; (2) Camboja; (3) Coreia do Norte; (4) Haiti; (5) Mianmar; (6) Territórios ocupados da Palestina desde 1967; (7); Somália; (8) Sudão[7].

### *c. O procedimento de reclamações*

O procedimento de reclamações é aquele originalmente denominado Procedimento 1503 no âmbito da Comissão de Direitos Humanos. Essa antiga

[5] Ver Steiner, Henry; Alston, Philip; Goodman, Ryan, *op. cit.*, p. 767.

[6] Ver <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/themes.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

[7] Ver <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/countries.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

denominação tinha sua razão de ser pelo fato de o procedimento se originar da Resolução 1503 do Conselho Econômico e Social.

O procedimento de reclamações existe para lidar com padrões consistentes de graves violações de todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais em qualquer parte do mundo e sob quaisquer circunstâncias. Por esse procedimento são admitidas reclamações de indivíduos que veem algum direito seu sendo violado. Os pressupostos de admissibilidade serão estudados no próximo capítulo.

Dois grupos de trabalho existem no âmbito do procedimento de reclamações. Enquanto o Grupo de Trabalho sobre Comunicações faz um juízo de admissibilidade acerca dos casos aptos a serem apreciados, podendo rejeitar de plano comunicações mal fundadas, o Grupo de Trabalho sobre Situações tem a função de apresentar ao Conselho de Direitos Humanos um parecer sobre os casos e formular uma recomendação sobre eles.

O Procedimento 1503 sempre foi conhecido – e muitas vezes criticado – por seu caráter de confidencialidade. O procedimento de reclamações perante o Conselho de Direitos Humanos continua confidencial, porém este pode decidir dar publicidade à situação em casos de inequívoca falta de cooperação por parte do Estado.

## II. Mecanismos convencionais

Existem outros mecanismos de fiscalização dos direitos humanos sob o marco específico de um tratado. Há vantagens e desvantagens em o mecanismo existir sob esse marco. Se, por um lado, o mecanismo pode parecer tolhido em sua atuação a um campo delimitado pelo tratado, por outro, este fornece uma estrutura mais organizada e clara para o mecanismo, o que certamente pode contribuir para sua maior efetividade.

Há, atualmente, como já visto, oito mecanismos convencionais no sistema universal: (1) Comitê de Direitos Humanos; (2) Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; (3) Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial; (4) Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher; (5) Comitê contra a Tortura; (6) Comitê sobre os Direitos da Criança; (7) Comitê sobre Trabalhadores Migrantes; (8) Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Há grandes diferenças nos métodos de trabalho e nas funções de cada um dos comitês. No entanto, podem ser identificadas algumas características comuns entre eles.

## 1. Procedimento de consideração dos relatórios dos Estados-Partes

Os mecanismos convencionais preveem um procedimento de consideração dos relatórios enviados pelos Estados-Partes. Há relatórios que os Estados precisam apresentar periodicamente, dando conta do estado de aplicação e efetivação dos direitos contidos nos tratados. É uma forma de prestação de contas à qual o Estado se torna vinculado desde o momento em que ratifica o instrumento. E tem-se verificado que, de maneira geral, os Estados têm apresentado tais relatórios, que são, muitas vezes, "francos e construtivos"[8].

Algo também comum entre os mecanismos convencionais é a possibilidade de emitirem os chamados comentários gerais, que são interpretações do conteúdo dos tratados que criam os mesmos mecanismos. Inicialmente, foram criados com o objetivo de explicar aos Estados como implementar os instrumentos internacionais e relatar os esforços empreendidos nesse sentido. Os comentários gerais não se ajustam exatamente às fontes de direito internacional hoje amplamente reconhecidas. Nesse sentido, podem ser considerados como não obrigatórios. Contudo, tendo em vista que a produção de normatividade no direito internacional tem-se tornado cada vez mais dinâmica, é reducionista dizer que os comentários gerais não possuem relevância jurídica alguma. Eles podem certamente estimular comportamentos para a criação, por exemplo, do costume internacional ou de princípios gerais de direito[9].

Por fim, há os procedimentos de reclamações que não são comuns a todos os mecanismos. Tais procedimentos são de três tipos, apresentados a seguir.

## 2. Comunicações individuais

As comunicações individuais são previstas para cinco dos oito mecanismos: o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o Comitê contra a Tortura, o Comitê sobre Trabalhadores Migrantes e o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências. A competência para receber comunicações individuais dos comitês hoje em funcionamento deve ser reconhecida pelos Estados, seja pela aceitação de um protocolo facultativo, seja pela feitura de uma declaração específica no âmbito de um tratado.

---

[8] Alves, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 223.

[9] Para uma discussão atualizada sobre o tema, ver Blake, Conway. *Normative instruments in international human rights law:* locating the general comment (CHR&GJ Working Paper 17, 2008). Disponível em: <http://www.chrgj.org/publications/docs/wp/blake.pdf>. Acesso em: 31 maio 2009.

As comunicações individuais são analisadas internamente pelos comitês, que se pronunciam pela violação ou não, por parte do Estado, de um ou mais dispositivos do tratado. As decisões dos comitês não são obrigatórias, mas certamente possuem um peso político expressivo ao realizarem pressões sobre os Estados.

### 3. Reclamações interestatais

Um outro tipo de procedimento de reclamação refere-se às reclamações interestatais. Aqui, Estados estabelecem procedimentos contra outros Estados em razão de um alegado descumprimento de preceitos do tratado. Essas reclamações interestatais até hoje não foram utilizadas pelos Estados. Elas são, contudo, previstas, de maneiras ligeiramente distintas, no Comitê contra a Tortura, no Comitê sobre Trabalhadores Migrantes, no Comitê de Direitos Humanos, no Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e no Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial. Vale destacar que, em relação a esse último comitê, o procedimento de reclamações interestatais é obrigatório para todos os Estados-Partes na convenção respectiva, diferentemente dos outros comitês, em que esse procedimento deve sempre ser sujeito à aceitação dos Estados.

### 4. Investigações

Enfim, o terceiro tipo de procedimento de reclamações é a investigação, prevista apenas no Comitê contra a tortura e no Comitê sobre a eliminação da discriminação contra a mulher. Esse procedimento não é obrigatório, podendo os Estados se furtarem a ele. Ele terá início quando o Comitê receber informações consistentes sobre indicações bem fundadas de graves e sistemáticas violações a uma convenção.

## § 12 Instituições e procedimentos no sistema interamericano

**Sumário:**


I. Comissão Interamericana de Direitos Humanos
   1. Funções e atribuições no sistema OEA
   2. Funções e atribuições no sistema da Convenção Americana
II. Corte Interamericana de Direitos Humanos
   1. A competência contenciosa
   2. A competência consultiva

**Caso 1**: Um Estado L, membro da OEA, vive uma guerra civil, e o presidente legitimamente eleito é deposto do cargo, assumindo o poder uma junta militar. Preocupada com a situação, a Comissão Interamericana decide enviar uma missão *in loco*, para verificar a situação dos direitos humanos no Estado L. A Comissão pede autorização ao governo que detém o poder para a realização da missão, que a nega. Em seguida, requer autorização do governo deposto, que se encontra em exílio em outro Estado-Membro da OEA. O governo deposto autoriza a visita e esta é feita de maneira discreta, sem que o governo que detém o poder saiba. A ação da Comissão Interamericana, nessas circunstâncias, foi lícita?

**Caso 2**: Os senhores R e S apresentam uma comunicação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado X. A comunicação é declarada admissível e o Estado X é considerado responsável internacionalmente pela violação de direitos dos senhores R e S previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, após sua decisão, a Comissão Interamericana arquiva o caso e se recusa a tomar qualquer outra providência. O que podem fazer os senhores R e S em tal situação?

**Caso 3**: A senhora T apresenta comunicação individual à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, solicitando que esta requeira parecer à Corte Interamericana visando interpretar certo dispositivo da Convenção Americana. A Comissão Interamericana está obrigada a apreciar o pedido e, em caso positivo, está obrigada a requerer o parecer à Corte Interamericana?

Como já antes visto, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos começou a ser delineado em um momento bastante próximo ao sistema global e europeu. Isso, por si só, já indica que há mais semelhanças que diferenças entre eles. Embora vários instrumentos componham o sistema interamericano, sem dúvidas, quatro deles são de maior relevância: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, com suas emendas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (também chamado Protocolo de São Salvador), de 1988. São esses os instrumentos que fornecem a estrutura básica do sistema interamericano.

Pode-se dizer que o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos se divide em dois subsistemas. O primeiro subsistema – normalmente denominado

Sistema da OEA – tem por base a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; o segundo subsistema – comumente denominado Sistema da Convenção Americana – tem por base a Convenção Americana de Direitos Humanos. A existência desses dois subsistemas deve-se, por um lado, ao fato de que órgãos e procedimentos foram criados no âmbito da OEA, tendo por jurisdição todos os Estados-Membros da Organização; e, de outro lado, quando elaborada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, esta previu também a existência de órgãos e procedimentos específicos. Uma das diferenças mais marcantes entre os dois subsistemas é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, de maneira geral, somente atua com base na Convenção Americana, e não com base na Carta da OEA e na Declaração Americana – embora essa limitação de atuação esteja pouco a pouco se esfacelando na prática, como será visto adiante.

Embora dois subsistemas possam ser identificados, é importante notar que não são eles estanques; ao contrário, comunicam-se e alimentam-se reciprocamente. Não se pode entendê-los de maneira compartimentalizada. De fato, tem-se hoje entendido que as regras do primeiro subsistema (OEA) aplicam-se subsidiariamente ao segundo (Convenção Americana). Isso permite um diálogo intenso com vistas na promoção do maior objetivo dos dois subsistemas: a proteção do ser humano no continente americano.

É importante lembrar – assim como acontece na ONU – que os órgãos de cúpula da OEA, como a Assembleia-Geral e outros, também se ocupam dos direitos humanos.

## I. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A redação original da Carta da OEA não previa a existência de um órgão exclusivamente dedicado à questão dos direitos humanos. Isso, no entanto, mostrava-se paradoxal, na medida em que, desde suas origens, a organização internacional demonstrava preocupação com a temática – tanto é assim que em seu próprio ano de criação, 1948, foi aprovada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, instrumento anterior, inclusive, à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Foi na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, realizada em 1959[10], que um órgão exclusivamente dedicado aos direitos humanos foi criado: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta iniciou seus trabalhos, contudo, apenas em 1960, com a aprovação de seu primeiro Estatuto pelo Conselho da OEA.

[10] Disponível em: <http://www.oas.org/CONSEJO/SP/RC/Actas/Acta%205.pdf>. Acesso em: 10 maio 2009.

Durante os primeiros anos da década de 1960, a Comissão lutou para expandir suas competências. Essa ampliação de poderes ficou definitivamente consagrada com o Protocolo de Buenos Aires, de 1967, que emendou a Carta da OEA. Nesse instrumento, a Comissão Interamericana se tornou órgão principal da OEA.

Finalmente, em 1969, com a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana foi incumbida de fiscalizar também esse tratado. Surgiam aí os dois subsistemas já antes mencionados.

Em 1979, após a entrada formal em vigor da Convenção Americana, a Assembleia-Geral da OEA, por meio de sua Resolução 447, aprovou o Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos[11], com o intuito de adaptar sua estrutura para servir aos dois sistemas – OEA e Convenção Americana. Afora algumas modificações posteriores, este Estatuto ainda se encontra em vigor.

A Comissão Interamericana tem sede na cidade de Washington, Estados Unidos, e conta com sete membros eleitos a título pessoal pela Assembleia-Geral da OEA. O mandato é de quatro anos, permitida uma reeleição. Durante o período do mandato, os membros da Comissão gozarão, nos Estados-Partes da OEA, de privilégios diplomáticos reconhecidos pelo direito internacional para o exercício de suas funções. Há ainda uma proibição geral para que haja mais de um membro nacional de um mesmo Estado.

## 1. Funções e atribuições no Sistema OEA

As funções e atribuições da Comissão variam conforme sua atuação, seja no Sistema da OEA seja no Sistema da Convenção. No entanto, o Estatuto da Comissão estabelece algumas funções e atribuições comuns aos dois sistemas que estão dispostas em seu art. 18. As principais poderiam assim ser destacadas: (a) estimular a consciência dos direitos humanos na América; (b) formular recomendações aos Governos para que promovam medidas progressivas a favor dos direitos humanos; (c) preparar estudos e informações que julgue pertinente a suas funções; (d) solicitar informações dos Governos sobre as medidas tomadas em matéria de direitos humanos; (e) atender às consultas formuladas por um Estado sobre questões de direitos humanos nesse mesmo Estado, requeridas por meio da Assembleia-Geral da OEA; (f) preparar um relatório anual sobre a situação dos direitos humanos nas Américas; (g) efetuar verificações *in loco* em um Estado com sua anuência ou a seu convite; (h) examinar comunicações que lhes sejam dirigidas, solicitar dos Estados informações sobre o ocorrido e formular-lhes recomendações.

[11] Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos9.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

Outras funções e atribuições, por sua vez, sem excluir aquelas gerais do art. 18, são próprias do Sistema da Convenção Americana: (a) receber petições que contenham denúncias por violação da Convenção Americana; (b) comparecer à Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção Americana; (c) solicitar medidas provisórias à Corte Interamericana a fim de evitar danos irreparáveis aos indivíduos; (d) consultar a Corte Interamericana sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados sobre direitos humanos no continente americano; (e) submeter à Assembleia-Geral da OEA projetos de protocolos adicionais ou emendas à Convenção Americana.

Por fim, a Comissão reserva a si funções e atribuições relativas aos Estados-Membros da OEA que não participam da Convenção Americana (Sistema da OEA) no art. 18 de seu Estatuto: (a) fiscalizar alguns dispositivos da Declaração Americana; (b) receber petições individuais, solicitar informações aos Estados e formular-lhes recomendações; (c) verificar previamente, no caso das petições individuais, se foram devidamente esgotados os recursos internos disponíveis.

Embora a atuação da Comissão Interamericana fora do âmbito da Convenção Americana (Sistema da OEA) possa parecer desprezível, sua prática demonstra o contrário. A Comissão Interamericana precisou fortalecer paulatinamente seu papel durante o período em que a Convenção Americana já havia sido criada, embora ainda não estivesse em vigor – o que somente veio a acontecer em 1978. Ainda hoje essa atuação é necessária, pois, dos 34 membros que compõem a OEA, uma parte expressiva de dez Estados ainda não faz parte da Convenção.

Em sua prática, com base no Sistema da OEA, a Comissão Interamericana tem produzido os chamados pareceres temáticos, que podem versar acerca de temas específicos relativos aos direitos humanos que surgem em um ou mais Estados pertencentes ao sistema.

Em 1998, por exemplo, a Comissão criou a Relatoria sobre direitos da infância. O fundamento para seu estabelecimento foi a Convenção Americana, mas também o art. 18 do Estatuto da Comissão – que estipula competências gerais para os dois sistemas. A Relatoria foi criada com uma competência ampla que engloba desde a análise de denúncias até a efetuação de visitas aos Estados da América[12].

Também a Comissão vem empreendendo a feitura de relatórios sobre Estados específicos em casos de alegadas violações maciças aos direitos humanos. Em relatórios sucessivos datados de 1985 e 1987, a Comissão apresentou relatórios sobre a situação dos direitos humanos no Chile e no Paraguai, respectivamente. Ambos os Estados,

[12] Ver OEA/Ser.L/V/II.133, Doc. 34, de 29.10.2008. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2indice.sp.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

a esse tempo, ainda não haviam ratificado a Convenção Americana, e a atuação da Comissão se calcou no Sistema da OEA[13].

A Comissão Interamericana utiliza-se fartamente das visitas *in loco*, podendo-se dizer que é o órgão internacional de proteção de direitos humanos que mais recorre a tal procedimento. Tais visitas visam obter material para a elaboração dos pareceres da Comissão sobre a situação geral dos direitos humanos em determinados Estados-Membros da OEA, para obter prova para fatos alegados em casos individuais ou, ainda, para analisar temas específicos referentes a violações de direitos humanos no continente[14]. A visita deve sempre ser autorizada pelo Estado que a recebe. Curioso notar, inclusive, que a única declaração interpretativa que fez o Brasil à Convenção Americana, quando a ratificou, foi a de que não reconhece um direito automático de visita *in loco* da Comissão; essa visita depende sempre do consentimento expresso do Estado. Vale dizer que é o mesmo o procedimento adotado pela Comissão para visitas *in loco* tanto no Sistema da OEA como no Sistema da Convenção Americana, de modo que a posição brasileira é clara em relação a ambos os sistemas[15].

O sistema de petições individuais também é previsto no Sistema da OEA. Pode-se dizer que o processamento das petições é o mesmo daquele existente no Sistema da Convenção Americana, com uma única diferença: a Comissão não pode enviar suas conclusões à Corte Interamericana. Portanto, em relação aos Estados que não aceitaram a Convenção Americana, o papel da Comissão Interamericana termina com a elaboração de um relatório final contendo considerações acerca dos fatos, conclusões e recomendações. Esse relatório final compõe o parecer anual da Comissão apresentado à Assembleia-Geral da OEA. No entanto, como esse órgão pouco tem feito para fazer cumprir as decisões tomadas pela Comissão, esta desenvolveu um mecanismo próprio de verificação de cumprimento de decisões, podendo emitir relatórios sobre cumprimento[16]. Seja como for, o juízo da Comissão Interamericana é político, não gozando, por si só, de obrigatoriedade no plano do direito internacional.

---

[13] Sobre o Chile, ver OEA/Ser.L/V/II.66, Doc.17, de 9.10.1985. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Chile85eng/TOC.htm>. Acesso em: 31maio 2009. Sobre o Paraguai, ver OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 19 rev. 1, de 28.10.1987. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay87eng/TOC.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

[14] Ver Santoscoy, Bertha. Las visitas *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 609-610.

[15] O Brasil já recebeu uma visita *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1985. Para esse e outros temas relativos à relação entre o Brasil e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, ver Cançado Trindade, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997):* as primeiras cinco décadas. Brasília: EdUnB, 1998.

[16] Ver Shelton, Dinah. *Regional protection of human rights*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 519.

## 2. Funções e atribuições no sistema da Convenção Americana

No que se refere ao Sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, as diferenças de funções e atribuições da Comissão Interamericana não são numerosas se comparadas àquelas previstas no Sistema da OEA. O referencial que se deve ter em consideração, aqui, é que a atuação da Comissão tem como marco específico a Convenção Americana. Esta estabelece três funções e atribuições relevantes que não estão previstas no Sistema da OEA: (a) a possibilidade de analisar petições interestatais; (b) a possibilidade de levar petições individuais a fim de serem julgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; (c) a possibilidade de solicitar pareceres à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O sistema de petições ou comunicações interestatais está previsto no art. 45 da Convenção Americana e é facultativo. Para o exercício dessa competência pela Comissão Interamericana, é necessário que o Estado demandante e o demandado tenham expressamente aceito essa possibilidade, conforme deixa claro o próprio art. 45. Diversos Estados-Partes na Convenção Americana reconhecem a competência da Comissão Interamericana para apreciar comunicações interestatais – não é o caso, todavia, do Brasil. Mesmo assim, foram raros os casos apreciados pela Comissão sob essa competência[17]. A razão do pouco interesse de Estados em demandarem uns contra os outros se deve, aparentemente, ao desconforto que o Estado demandado um dia se torne Estado demandante contra aquele que primeiramente formulou a comunicação interestatal. Os requisitos de admissibilidade das comunicações interestatais são os mesmos das comunicações individuais.

As petições ou comunicações individuais na Comissão Interamericana passam por quatro fases bastante nítidas: (a) admissibilidade; (b) conciliação; (c) informe preliminar; (d) acionamento da Corte ou informe definitivo.

A fase de admissibilidade será tratada no capítulo seguinte, cabendo meramente sua menção aqui.

A busca de conciliação é necessária após o recebimento pela Comissão de uma determinada petição ou comunicação. Nessa oportunidade, a Comissão atua como um órgão político de solução de controvérsias, colocando à disposição sua

[17] Um dos poucos casos que podem ser citados é *Nicarágua vs. Costa Rica*, em que se alegava a ocorrência de discriminação da população migrante nicaraguense em território costarriquenho. A comunicação, no entanto, foi considerada inadmissível pela Comissão Interamericana. Informe n. 11/07, caso interestatal n. 01/06, *Nicaragua vs. Costa Rica*, de 8.3.2007. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Casointerestatalsp.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

estrutura e *expertise* no tema para ajudar a resolvê-lo[18]. No caso *Caballero Delgado*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que somente em situações excepcionais e com razões fundadas a Comissão pode omitir essa fase do procedimento[19].

A fase do informe preliminar é o momento em que a Comissão, admitida a comunicação ou petição e frustrada a tentativa de conciliação, emite sua posição favorável ou desfavorável à demanda. Segundo o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos[20], se a decisão contida for favorável ao Estado, será devidamente publicada. No entanto, se a decisão for desfavorável ao Estado, este será comunicado, mas ainda não se dará publicidade à decisão. A Comissão, então, concederá prazo a fim de que o Estado informe sobre o cumprimento de sua decisão. É importante lembrar que o informe da Comissão não é vinculante para os Estados em sentido jurídico, embora seja altamente recomendável o seu cumprimento o mais pronto possível.

A quarta e última fase inicia-se quando o Estado não cumpre voluntariamente a decisão contida no primeiro informe. Nessa situação, a Comissão Interamericana possui apenas duas opções: ou envia o caso à Corte Interamericana ou publica seu informe (informe definitivo), podendo, neste último caso, incluir sua decisão no Informe Anual feito à Organização dos Estados Americanos. É importante lembrar que, conforme ainda o Regulamento da Comissão, a não submissão de um caso – quando desfavorável a um Estado – somente poderá ocorrer por decisão fundada e pela maioria absoluta dos membros da Comissão.

No caso *Loayza Tamayo*, a Corte Interamericana estabeleceu que, pelo princípio da boa-fé, existente no direito internacional positivo, os Estados devem envidar seus maiores esforços para cumprir as decisões da Comissão Interamericana[21].

Por último, é importante lembrar que a Comissão Interamericana – assim como outros órgãos da OEA e os Estados-Membros – está habilitada a solicitar opiniões consultivas (pareceres) à Corte Interamericana de Direitos Humanos tanto sobre a interpretação da Convenção Americana como de outros instrumentos relativos a direitos humanos no âmbito das Américas.

---

[18] O meio político é um dos meios disponíveis no direito internacional para solução de controvérsias. Para a classificação dos diferentes meios de solução de controvérsias no plano internacional, ver Merills, John. The meaning of dispute settlement. In: Evans, Malcolm D. (Ed.). *International law*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 529-557.

[19] Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Excepciones Preliminares*, sentença de 21.1.1994, série C, n. 17.

[20] Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos10.htm>. Acesso em: 31 maio 2009.

[21] Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo*, sentença de 17.9.1997, série C, n. 33.

## II. Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana nasce não como órgão da OEA, mas como órgão de fiscalização da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em verdade, é este tratado que cria a Corte e estabelece sua estrutura e suas funções básicas. O ano de 1969, portanto, é tanto o ano da adoção da Convenção Americana como, por consequência, o ano de criação da Corte Interamericana.

Em razão de a Convenção Americana somente entrar em vigor em 1978 – quando foi atingido o número de 11 ratificações ao instrumento –, a Corte demorou cerca dez anos para, enfim, ser instalada no ano de 1979.

A Convenção Americana não estabelece em seu texto onde será a sede da Corte. Contudo, a Assembleia-Geral da OEA aprovou a oferta da Costa Rica para que a Corte se instalasse nesse país, na cidade de São José.

A Corte possui sete juízes nacionais de Estados-Membros da OEA eleitos pela maioria dos Estados-Partes da Convenção Americana na Assembleia-Geral da organização por um mandato de seis anos, podendo ser reeleitos uma única vez. A Convenção proíbe que haja dois juízes da mesma nacionalidade. São garantidos aos juízes as imunidades conferidas pelo direito internacional aos agentes diplomáticos para o melhor (e independente) desempenho de suas funções.

Assim como acontece na Corte Internacional de Justiça, a Convenção Americana permite que os Estados envolvidos nos casos julgados pela Corte Interamericana possam designar juízes *ad hoc*. Tal possibilidade – que é bastante criticada por alguns especialistas em direito internacional[22] – ocorre quando não houver nenhum juiz nacional de um Estado envolvido em um julgamento no quadro permanente de juízes da Corte.

Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana possui dois tipos distintos de competência: a competência contenciosa, que implica uma disputa envolvendo dois ou mais Estados ou a Comissão Interamericana e um ou mais Estados; e a competência consultiva, em que a Corte opina sobre algum tema no âmbito de sua atuação.

### 1. A competência contenciosa

A competência contenciosa é a que com maior frequência é exercida pela Corte. A grande maioria dos casos sobre os quais a Corte é chamada a se pronunciar

[22] Para a compilação de algumas críticas à judicatura *ad hoc* no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ver Vidal Ramírez, Fernando. La judicatura *ad hoc*. In: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 584-594.

envolve um conflito entre a Comissão Interamericana (demandante) e um Estado (demandado) – embora seja possível que Estados demandem uns contra os outros.

Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os indivíduos ou grupos de indivíduos não podem demandar diretamente. Somente o podem fazer por intermédio da Comissão Interamericana – hipótese mais frequente – ou de um Estado. Muito se tem criticado a Corte por não admitir essa possibilidade[23] – o *jus postulandi* dos indivíduos –, ainda mais em se considerando que a Corte Europeia de Direitos Humanos já há mais de uma década permite que indivíduos postulem diretamente. A existência de "intermediários" entre indivíduos e a Corte enfraquece, sem dúvidas, o sistema interamericano, na medida em que distanciam os verdadeiros destinatários das decisões, os indivíduos, da Corte. Embora haja projetos para se consagrar o *jus postulandi* dos indivíduos, os Estados americanos ainda são reticentes em admitir tal possibilidade.

Para serem julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, os Estados precisam ter aceitado expressamente a sua competência. A aceitação da Convenção Americana não significa a aceitação direta da competência da Corte para casos contenciosos. É preciso que uma manifestação de vontade indubitável exista nesse sentido. O art. 62 da Convenção Americana estabelece essa necessidade. A aceitação da competência contenciosa da Corte pode ocorrer de duas maneiras: por declaração especial – hipótese mais comum – ou por convenção especial.

Na primeira situação, os Estados devem apresentar ao secretário-geral da OEA uma declaração – que se constitui, de fato, um ato unilateral perante o direito internacional – comunicando a aceitação da competência contenciosa. A declaração pode conter restrições como em relação ao tempo em que se aceitará ser julgado pela Corte. O Brasil fornece um bom exemplo para demonstrar a situação. Quando aceitou a competência contenciosa da Corte, em 1998 – cerca de seis anos após ter ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos –, o Estado brasileiro formulou uma reserva temporal em que estabelecia que somente aceitava ser julgado pela Corte para casos ocorridos após aquela aceitação da jurisdição contenciosa[24], ou seja, casos surgidos de fatos ocorridos anteriormente à aceitação não podem ser objeto de julgamento pela Corte.

---

[23] Um dos grandes defensores da capacidade processual dos indivíduos no sistema interamericano é Antônio Augusto Cançado Trindade, que desenvolveu uma teoria própria para sustentar a viabilidade dessa proposta. Para apenas um de seus escritos que abordam o tema, ver Cançado Trindade, Antônio Augusto. La consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano en la agenda de los derechos humanos del siglo XXI. In: ———— . *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 129-142.

[24] Disponível em: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Acesso em: 31 maio 2009.

Na segunda situação, um tratado específico define que a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgará casos relativos a sua interpretação ou aplicação. Caso o Estado aceite o tratado sem apor qualquer reserva à cláusula que dispõe sobre a competência da Corte, significa que aceita sua jurisdição contenciosa para os casos relativos ao tratado específico.

No âmbito da jurisdição contenciosa, o processo perante a Corte possui algumas fases, que assim poderiam ser resumidas: (1) propositura da ação; (2) medidas provisórias; (3) exceções preliminares; (4) sentença; (5) reparação; (6) execução[25].

Na fase de propositura da ação, o Estado, ou a Comissão, deve formular uma petição que contenha elementos básicos para o julgamento da demanda, como a indicação das partes no caso, o objeto em discussão, a exposição dos fatos, o oferecimento de provas, os fundamentos de direito da demanda, entre outros. É importante lembrar que, quanto às provas, só serão admitidas aquelas que foram oferecidas no momento da propositura da ação ou no momento da contestação, no caso do réu. O Regulamento permite que a própria Corte produza prova *ex officio* (art. 45).

No caso da Comissão Interamericana, esta somente pode propor a ação caso seu primeiro informe não seja cumprido por parte do Estado.

É sempre possível que as partes cheguem a uma solução amistosa no curso de qualquer das fases do processo. Nesse caso, a Corte homologará o acordo e o processo não terá prosseguimento. É preciso assinalar, no entanto, que, para que isso ocorra, é necessária a reunião de três elementos: (a) a Corte não pode tomar iniciativa sobre a solução amistosa; (b) o Estado demandado necessita ter previamente reconhecida sua responsabilidade internacional; (c) a solução se restringirá a estabelecer entre as partes o alcance das reparações e o *quantum* de indenização e custas existentes em razão da violação do direito[26].

A própria Convenção Americana, em seu art. 63 (2), prevê a possibilidade de a Corte Interamericana determinar medidas provisórias, que se justificam quando, em casos de extrema gravidade e urgência, seja necessário evitar danos irreparáveis às pessoas. Elas podem ser concedidas em qualquer fase do processo. As medidas provisórias em seus pressupostos e em seus efeitos lembram muito as medidas cautelares existentes no direito processual civil brasileiro.

---

[25] Para uma descrição bastante detalhada dessas fases, ver Carvalho Ramos, André de. *Direitos humanos em juízo:* comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 102-340.

[26] Salgado Pesantes, Hernán. La solución amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001, p. 103.

As exceções preliminares podem ser opostas pelo Estado que é réu na demanda. Nessa ocasião, serão discutidos aspectos que antecedem pontos relativos ao mérito, como, por exemplo, se a Corte é ou não competente para conhecer do caso ou se os recursos internos foram ou não esgotados. A Corte possui a faculdade de analisar as exceções preliminares em um julgamento separado ou conjuntamente com o julgamento de mérito da questão, tendo em vista o princípio da economia processual (art. 37, 6, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos)[27].

Depois de verificadas as provas e os argumentos apresentados pelas partes, a Corte deve proferir uma sentença necessariamente fundamentada. Nessa oportunidade, será constatada a existência ou não de responsabilidade internacional por parte do Estado-réu.

A sentença deve expressar o ponto de vista da maioria; é possível, no entanto, que os juízes, individualmente, agreguem votos em separado – seja para concordar, seja para discordar com a decisão majoritária.

As sentenças da Corte possuem o caráter definitivo e são inapeláveis. Isso significa que o não cumprimento de uma sentença da Corte gera para o Estado condenado uma segunda responsabilização internacional. Embora impassíveis de recurso, a própria Convenção Americana permite que a Corte aprecie os pedidos de interpretação de suas sentenças (art. 67).

A fase de reparação acontece a critério da Corte. Algumas vezes, em uma mesma sentença, se determina o mérito da questão e a reparação adequada. Outras vezes, no entanto, quando a sentença não dispõe a respeito de reparações, uma outra fase se inaugura no procedimento. Caso seja o Estado realmente responsável pela violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte deverá estipular uma reparação em razão do ato ilícito. As três formas mais comuns de reparações ocorrem quando a Corte determina: (a) a restituição, na íntegra, quando se estabelece que as coisas devem voltar ao estado anterior ao da violação; a determinação da soltura de um preso ou a devolução de uma propriedade a alguém são exemplos disso; (b) a compensação, que muitas vezes se dá na forma de indenização por danos materiais ou morais a alguém que sofreu um prejuízo; (c) a satisfação, que normalmente acontece quando a reparação não se pode expressar em termos financeiros; ela ocorre, por exemplo, na forma de obrigação de punir os responsáveis diretos pela violação, a anulação de um processo judicial inteiro ou a obrigação de editar uma lei em conformidade com a Convenção Americana.

[27] Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/regulamento.pdf>. Acesso em: 31 maio 2009.

Por último, é importante lembrar que a Corte tem monitorado a execução de suas decisões por parte dos respectivos direitos internos. Do mesmo modo que acontece com a Comissão Interamericana, a Corte pode, em seu relatório anual à Assembleia-Geral da OEA, informar sobre o descumprimento de alguma das suas decisões para que esta tome as medidas que julgue cabíveis na situação.

## 2. A competência consultiva

Além da competência contenciosa, a Corte Interamericana também exerce uma competência consultiva, prevista no art. 64 da Convenção Americana.

Tanto órgãos da OEA – a exemplo da Comissão Interamericana e da Assembleia-Geral – como Estados podem consultar a Corte Interamericana. Isso representa um grande avanço em relação a outro tribunal internacional, a Corte Internacional de Justiça, que só permite que alguns órgãos – no caso, pertencentes à estrutura da ONU –, e não Estados, formulem-lhe consultas.

Há dois tipos de pareceres que podem ser emitidos pela Corte. O primeiro tem a ver com a interpretação da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos no âmbito das Américas. Interessante notar que a competência contenciosa não se restringe apenas à Convenção Americana, aplicando-se também a outros tratados. O segundo tipo diz respeito à possibilidade de um Estado-Membro da OEA solicitar um parecer sobre a compatibilidade entre suas leis internas e algum tratado de direitos humanos.

Os pareceres emitidos pela Corte não são obrigatórios, em razão de a Convenção Americana não lhes conceder tal força. No entanto, dos quase vinte pareceres já emitidos pela Corte, é possível perceber que têm eles influenciado de maneira significativa a arquitetura internacional e interna dos direitos humanos. Tanto os Estados como os órgãos da OEA se espelham bastante no que sustenta a Corte Interamericana em seus pareceres[28].

**Informações úteis na internet:** <http://www.un.org/es/rights/> (*sítio* da ONU, em espanhol, que contém diversas informações sobre direitos humanos, inclusive *links* para os sítios do Conselho de Direitos Humanos e demais órgãos de proteção internacional dos direitos humanos no âmbito universal); <http://www.cidh.org/comissao.htm> (sítio, em português, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos); <http://www.corteidh.or.cr/> (sítio, em espanhol, da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

[28] Como muito bem demonstra, com exemplos práticos, o estudo de Nikken, Pedro. La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001, p. 161-181.

# Capítulo 6: A petição individual

**Bibliografia:** Alston, Philip (Ed.). *The United Nations and human rights:* a critical appraisal. New York: Oxford University Press, 1992; Cançado Trindade, Antônio Augusto. *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law:* its rationale in the international protection of individual rights. Cambridge: Cambridge University Press, 1983; Cavallaro, James L.; Brewer, Stephanie Erin. Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *American Journal of International Law,* Washington, v. 102, n. 4, p. 768-827, 2008; Lima Júnior, Jayme Benvenuto (Org.). *Manual de direitos humanos internacionais:* acesso aos sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Loyola, 2002; Carvalho Ramos, André de. *Processo internacional de direitos humanos:* análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; Shelton, Dinah. *Regional protection of human rights.* New York: Oxford University Press, 2008; Zwart, Tom. *The admissibility of human rights petitions:* the case law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee. Leiden: Martinus Nijhoff, 1994.

## § 13 Pressupostos de admissibilidade

**Sumário:**

I. Âmbito universal
   1. Admissibilidade de petições individuais perante órgãos extraconvencionais
      a. Falta de motivação política
      b. Descrição dos fatos e dos direitos afetados
      c. Proibição de linguagem abusiva
      d. Identificação dos autores da comunicação
      e. Proibição de a comunicação ser baseada em informações jornalísticas
      f. Proibição da litispendência
      g. Esgotamento de recursos internos
   2. Admissibilidade de comunicações individuais perante órgãos convencionais

II. Âmbito regional
   1. Petição individual no Sistema da Convenção Americana
   2. Petição individual no Sistema da OEA

**Caso 1**: O senhor W lê em uma página na internet que há pelo menos dez cidadãos do Estado em que reside sendo torturados em uma prisão de

segurança máxima. No intuito de fazer algo pelas supostas vítimas de tortura, solicita informações ao Ministério da Justiça sobre o ocorrido e este se recusa a fornecer a informação, alegando que se trata de assunto relativo à segurança nacional. Sem documentação adicional e apenas com cópia da página da internet, o senhor W apresenta uma comunicação ao Comitê contra a Tortura. Nessas circunstâncias, a comunicação pode ser considerada admissível?

**Caso 2**: A senhora D apresenta uma comunicação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, antes de sua apreciação, ingressa com idêntica comunicação perante o Conselho de Direitos Humanos. Alega que, por sofrer risco de dano irreparável, decidiu recorrer a outro órgão internacional, dada a lentidão na apreciação do caso pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nessa situação, o que o Conselho de Direitos Humanos deve fazer?

**Caso 3**: Uma entidade de classe que reúne trabalhadores ajuíza uma ação de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional de um determinado Estado. A lei que se pretende seja declarada inconstitucional estabelece supostas discriminações contra empregados domésticos. Dez anos após o ajuizamento da ação, esta não é julgada, não havendo nenhuma previsão concreta para julgamento. Nessa situação, e considerando que na ação de inconstitucionalidade se discute a legitimidade em tese da lei, uma comunicação apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o mesmo tema poderia ser considerada admissível?

As instituições e os procedimentos existentes, relativos ao direito internacional dos direitos humanos, desenvolveram regras processuais com vistas no bom funcionamento do sistema.

Boa parte dessas regras toma emprestado institutos processuais há tempos existentes nos direitos internos. Dentro desse universo, pode-se mesmo dizer que muitas dessas regras processuais são baseadas em princípios gerais de direito relativos ao devido processo legal. Outra parte das regras é própria do direito internacional, como é o caso do esgotamento de recursos internos, há séculos aplicada, especialmente nos contenciosos diplomáticos que envolvem reclamações de indivíduos.

É interessante notar, no entanto, que em ambas as situações – antigos institutos processuais de direito interno e de direito internacional – o direito internacional dos direitos humanos soube adaptá-las a uma realidade nova de proteção dos indivíduos

no plano internacional. Para ficar no mesmo exemplo do parágrafo anterior, com o tempo, precisou-se entender que a regra do esgotamento de recursos internos somente pode ser exigida quando haja, de fato, recursos internos a serem exauridos ou quando não haja demora injustificada no recurso a que se pretende esgotar.

O direito processual do direito internacional dos direitos humanos é, assim, extremamente dinâmico e adaptável às necessidades cada vez mais complexas de proteção. Isso não significa, de maneira alguma, que as regras hoje existentes sejam as melhores possíveis, mas apenas que o sistema não se encontra fechado a sua modificação ou mesmo eliminação.

Serão apresentados brevemente três mecanismos relativos à proteção internacional dos direitos humanos que admitem petições individuais, dos quais o Brasil aceita a competência. Os exemplos abrangem tanto os mecanismos convencionais como aqueles não convencionais. É importante perceber que os pressupostos de admissibilidade de petições se assemelham bastante nos três exemplos[29], o que significa que há uma linguagem que perpassa a todos. O que os distingue são peculiaridades de menor importância.

## I. Âmbito universal

Quanto ao Conselho de Direitos Humanos, é importante assinalar os mecanismos que permitem petições individuais. Como visto anteriormente, embora mudanças bruscas tenham ocorrido no sistema ONU de proteção de direitos humanos – a ponto de ser substituído o nome do principal órgão responsável pela temática –, o Procedimento 1503 tem sido até agora mantido. Uma nova resolução do Conselho (Resolução 5/1) disciplinou, em seu § 87, os critérios de admissibilidade de comunicações individuais[30]. Os critérios seguem basicamente aqueles antes estabelecidos pela Comissão de Direitos Humanos para o Procedimento 1503.

### 1. Admissibilidade de petições individuais perante órgãos extraconvencionais

[29] Um dos poucos estudos sobre admissibilidade de petições internacionais mostra que as similaridades entre os sistemas ultrapassam as diferenças – no caso do estudo, entre o sistema global e o sistema europeu. Ver Zwart, Tom. *The admissibility of human rights petitions:* the case law of the European Commission of Human Rights and the Human Rights Committee. Leiden: Martinus Nijhoff, 1994. Essa conclusão pode ser aplicada à quase totalidade dos mecanismos internacionais hoje existentes de proteção de direitos humanos.

[30] HRC 5/1, de 18.6.2008, § 85. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc>. Acesso em: 30 abr. 2009.

São os seguintes os critérios:

## a. Falta de motivação política

*A comunicação não deve ser politicamente motivada, sem contar que seu objeto deve estar de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e quaisquer outros instrumentos de direito internacional dos direitos humanos aplicáveis.*

Esse critério diz respeito à manutenção da coerência interna do próprio sistema ONU de proteção dos direitos humanos. Evidentemente que, se comunicações fossem admitidas em contrariedade aos instrumentos que dão base ao próprio sistema, como a Carta, a Declaração e demais tratados, a solução dada pelo Conselho à comunicação o desmantelaria completamente.

O pressuposto também enfatiza, de uma maneira indireta, a importância da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, corolários que dão base ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos[31]. Por exemplo, ainda que uma comunicação alegue que um direito em um tratado está sendo violado, ela não pode prosperar se está em contrariedade com um outro tratado de direitos humanos. O sistema entende-se de maneira integral e não parcial.

## b. Descrição dos fatos e dos direitos afetados

*A comunicação deve descrever os fatos acontecidos e os direitos afetados pela alegada violação aos direitos humanos.*

A análise de qualquer comunicação pressupõe uma base factual mínima e a descrição dos direitos que estão sendo afetados. Vale dizer que esta é uma regra repetida em vários sistemas jurídicos internos do mundo e provavelmente baseada em um princípio geral de direito. Diversas vezes as comunicações querem estabelecer algum protesto genérico contra a atuação do Estado e não se calcam em fatos específicos. O procedimento de reclamações não se presta a ser um fórum de debate político sobre a atuação do Estado, mas de verificação de violação concreta. É importante notar, no entanto, que esse pressuposto deve ser analisado sempre com cuidado, tendo em vista que muitas vezes as vítimas de direitos humanos não possuem o discernimento técnico para verificar a violação ao direito.

---

[31] Declaração e Programa de Ação de Viena, de 25.6.1993. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Confere_cupula/texto/texto_3.html>. Acesso em: 30 abr. 2009.

### c. Proibição de linguagem abusiva

*A comunicação não deve conter uma linguagem abusiva. Contudo, se os demais critérios de admissibilidade forem preenchidos, a comunicação pode ter seguimento após a exclusão da linguagem abusiva.*

A interdição de linguagem abusiva em petições pode ser mesmo considerada um princípio geral de direito e, desse modo, é levada em conta como critério de admissibilidade. Entretanto, o critério é apenas complementar aos demais, visto que não impede o processamento da comunicação sem as expressões ofensivas.

### d. Identificação dos autores da comunicação

*A comunicação deve ser apresentada por uma pessoa ou grupo de pessoas que alegam ser vítimas de violações a direitos humanos ou por qualquer pessoa ou grupo – aí se incluindo organizações não governamentais – que tenha conhecimento direto e confiável das violações em questão.*

Segundo esse critério, permite-se que a vítima ou alguém que tenha conhecimento dos fatos formule a comunicação. É inegável que muitas vezes as vítimas de direitos humanos não podem formular comunicações justamente por se encontrarem em situação em que estão impedidas de fazê-lo. Importante destacar que, ao se descrever tal critério, dispõe-se que, caso a violação seja feita por outra pessoa ou grupo de pessoas que não a vítima, uma série de requisitos precisam ser cumpridos, como a necessidade de tal comunicação ser feita de boa-fé.

Essas exigências decorrem da necessidade de se evitar, como antes já afirmado, que o procedimento de comunicações se torne um fórum político de debates e protestos.

Esse requisito também existe para evitar o anonimato nas comunicações individuais. Nenhuma comunicação pode ser anônima, embora, de maneira um tanto paradoxal, o Procedimento 1503 seja confidencial.

### e. Proibição de a comunicação ser baseada em informações jornalísticas

*A comunicação não deve ser baseada exclusivamente em informações jornalísticas.*

Os fatos descritos na comunicação devem demonstrar que a vítima, ou alguém que esteja agindo em seu nome, tem deles conhecimento efetivo, ainda que, no segundo caso, esses fatos tenham-lhe chegado de segunda mão. Além de

esse critério também ser voltado a evitar que o procedimento se torne um fórum político, pretende concentrar os esforços do Conselho em casos que possuem uma plausibilidade mínima, tendo-se em conta que, algumas vezes, a mera informação jornalística não possui tal plausibilidade.

## *f. Proibição da litispendência*

*A comunicação não deve referir-se a um caso que já esteja sendo tratado por um procedimento especial, por um órgão de fiscalização de um tratado ou por outros procedimentos nas Nações Unidas ou em mecanismos regionais similares que lidam com a temática dos direitos humanos.*

Esse critério é um dos mais importantes no âmbito da proteção dos direitos humanos e impede que uma mesma situação seja averiguada pelos múltiplos mecanismos hoje existentes na área.

O desenvolvimento do sistema de proteção dos direitos humanos não se pautou todo o tempo pela coerência. Não só tratados, como também órgãos de proteção possuem âmbitos e competências superpostos. A coordenação desses mecanismos é, portanto, imperativa, e sua necessidade foi mesmo ressaltada pela Declaração de Viena sobre Direitos Humanos em seu item 4. Por essa razão, os mecanismos de proteção têm entrado em constante contato uns com os outros a fim de adotar procedimentos similares e aumentar seu diálogo recíproco[32].

Enfim, o critério busca dar um mínimo de coerência ao sistema, visto que, na maioria dos casos, não há hierarquia entre os mecanismos diversos de proteção – assim como também não há hierarquia entre tribunais internacionais que lidam com matérias relacionadas aos direitos humanos.

## *g. Esgotamento de recursos internos*

*A comunicação deve ser posterior ao prévio esgotamento de recursos internos, a não ser que tais remédios sejam inefetivos ou desarrazoadamente demorados.*

A regra do prévio esgotamento de recursos internos acontece quando é dada a oportunidade ao Estado de reparar um ilícito no âmbito de seu próprio direito interno antes que seja ele responsabilizado internacionalmente[33].

---

[32] Ver Carvalho Ramos, André de. *Processo internacional de direitos humanos:* análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 275-279.

[33] Ver Cançado Trindade, Antônio Augusto. *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law:* its rationale in the international protection of individual rights. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 1.

Os contenciosos internacionais nunca prescindem da regra sobre prévio esgotamento de recursos internos. Essa regra é uma das mais antigas do direito internacional e se aplica como pré-condição para que a demanda de um particular seja levada a foros internacionais. Sua função é evitar que órgãos internacionais se transformem em meras "instâncias recursais internas". A competência dos órgãos internacionais – até mesmo em matéria de direitos humanos – sempre foi vista como complementar à competência das instâncias internas. Isso porque o direito internacional deve garantir o mínimo de autonomia para que os Estados, no seu âmbito interno, deem uma resposta à demanda que lhes é submetida.

O prévio esgotamento de recursos internos tem sido relativizado na prática dos vários órgãos de proteção internacional dos direitos humanos em razão especialmente de as violações nesse campo exigirem uma leitura heterodoxa da regra como era aplicada tradicionalmente no direito internacional.

Muitas vezes, não há como esgotar recursos internos, porque esses são negados à vítima. Veda-se, por exemplo, o direito de petição ou o direito a recorrer. Outras vezes, os recursos internos disponíveis não podem ser exercidos; é o caso de um estrangeiro que não pode ter acesso a cortes internas. Ainda os recursos internos precisam ser entendidos como esgotados quando a justiça de um Estado é tão morosa que impede uma reposta (afirmativa ou negativa) à demanda proposta por uma vítima.

Desse modo, os órgãos internacionais costumam flexibilizar a aplicação da regra, porém nunca a descartam por completo. Ela possui uma importância ímpar como regra processual de admissibilidade de demandas e sua exigência inviabiliza muitos dos conflitos que poderiam existir entre autoridades internas e internacionais caso simplesmente não existisse.

## *2. Admissibilidade de comunicações individuais perante órgãos convencionais*

Dos mecanismos globais convencionais, merecem ser citados, como exemplo, os requisitos de admissibilidade existentes para petições apresentadas ao Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. O exemplo se justifica neste capítulo porque se trata de um dos poucos Comitês cuja competência o Brasil reconhece e que analisa comunicações individuais[34]. Nesse contexto, portanto, o

[34] A competência do Comitê para analisar casos individuais foi reconhecida pelo Brasil com a aceitação do Protocolo Facultativo sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto n. 4.316, de 30.7.2002). Evidentemente, o Brasil também faz parte da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto n. 4.377, de 13.9.2002).

Comitê somente aprecia casos em que Estados que expressamente reconheceram sua competência estejam sendo acusados de cometerem alguma violação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – mais conhecida pela sigla, em inglês, CEDAW (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women).

Os requisitos são praticamente idênticos aos existentes já citados no Conselho de Direitos Humanos. Eles são estipulados na própria CEDAW, em seus arts. 2, 3 e 4. Desse modo:

(1) *A comunicação deve ser apresentada pela(s) vítima(s) ou por alguém que aja em nome dela(s).*

Nesse caso, novamente se permite que outros peticionem pela vítima em razão de, muitas vezes, estar ela impossibilitada de fazê-lo.

(2) *A comunicação deve ser por escrito, sendo vedado o anonimato.*

Mais uma vez, não é permitida uma petição sem a identificação de quem a formulou por escrito.

(3) *A comunicação deve ser posterior ao prévio esgotamento de recursos internos, exceto quando não haja recursos a serem esgotados ou sejam eles muito morosos.*

Esse importante requisito de admissibilidade também aqui está presente – como dificilmente poderia deixar de ser.

(4) *A comunicação não deve conter objeto previamente analisado pelo Comitê nem ter sido ou estar sendo examinada por outro órgão internacional que cuide da matéria de direitos humanos.*

Essa regra impede a litispendência em nível internacional, além de buscar racionalizar o trabalho dos órgãos internacionais de direitos humanos.

(5) *A comunicação não deve ser incompatível com as disposições da Convenção.*

Na medida em que a própria CEDAW é o parâmetro da atividade do Comitê, não poderia ser diferente.

(6) *A comunicação não deve ser infundada.*

É um requisito lógico de toda comunicação ser fundada em fatos concretos e verídicos.

(7) *A comunicação não deve constituir absurdo do direito de submeter comunicação.*

Também aqui se verifica um outro requisito lógico da comunicação individual.

(8) *A comunicação não deve ter por objeto fatos anteriores à entrada em vigor do Protocolo, a não ser no caso de fatos que continuaram a produzir efeitos após a citada entrada em vigor*.

Um caso relativamente recente analisado pelo Comitê ajuda a compreender esse requisito de admissibilidade. A senhora Constance Salgado alegou que um direito seu, previsto pela Cedaw, estava sendo violado, pois lhe tinha sido vedado transmitir a nacionalidade inglesa a um de seus filhos devido ao fato de que a antiga legislação do Reino Unido somente permitia que os pais transmitissem a nacionalidade aos filhos. Acontece que o filho da senhora Salgado completou 18 anos, quando poderia manter sua nacionalidade originária ou solicitar outra nacionalidade em 1979, antes da entrada em vigor para o Reino Unido da Cedaw, que somente ocorreu em 2004. Assim, ainda que a violação ao direito da senhora Salgado tenha persistido no tempo, ela cessou no momento em que seu filho completou 18 anos de idade e tinha a possibilidade de exercer a opção de nacionalidade[35].

## II. Âmbito regional

Com relação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é preciso distinguir seus dois campos de atuação.

Como antes visto, a Comissão cumpre um duplo papel. Ela tanto é órgão da OEA e fiscaliza os instrumentos de direitos humanos elaborados com o respaldo da organização internacional, como é órgão específico de fiscalização do cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos. Na primeira situação, a Comissão pode conhecer de casos relativos a qualquer Estado da OEA, o que significa todos os Estados da América, com exceção de Cuba; enquanto na segunda situação apenas pode conhecer de casos relativos a Estados que expressamente aceitaram a Convenção Americana. Somente nesse segundo caso pode a Comissão acionar a Corte Interamericana, caso tenha necessidade. Vejamos a segunda situação para posteriormente chegar à primeira.

---

[35] Cedaw/C/37/D/11/2006. Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/USNDOC/GEN/N07/232/47/PDF/N0723247.pdf?OpenElement>. Acesso em: 2 maio 2009.

## 1. Petição individual no Sistema da Convenção Americana

A própria Convenção Americana[36], em seus arts. 46 e 47, estabelece os requisitos de admissibilidade de petições individuais. Eles não se distinguem essencialmente dos requisitos existentes para petições no sistema global de proteção:

> (1) *A petição deve ser posterior ao prévio esgotamento de recursos internos, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.*

Essa regra também é interpretada de maneira generosa no âmbito do sistema interamericano. O próprio art. 46 (2) dispõe que ela não será aplicada quando não houver o devido processo legal no Estado do qual a petição tratar ou quando houver impedimento do acesso aos recursos internos ou ao seu esgotamento. A regra ainda não se aplica quando houver demora injustificada na decisão das instâncias internas.

> (2) *A petição deve ser apresentada em um período de seis meses. Esta data é contada a partir da notificação da decisão definitiva ao peticionário.*

A existência de tal requisito visa impedir que a Comissão analise casos muito remotos de violação a direitos humanos. Diferentemente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em que os Estados podem apresentar reservas temporais, ou seja, a aceitação de sua jurisdição a partir ou depois de um momento específico[37], a Comissão possui uma competência temporal ampla que pode remontar até a data de ratificação pelo Estado da Convenção Americana. Há, portanto, uma razão prática para a existência de tal requisito. É importante frisar, no entanto, que nada impede que casos mais antigos sejam utilizados para demonstrar um padrão de comportamento por parte do Estado. Por exemplo, se na temática da tortura o peticionário prova que o Judiciário de um Estado é conivente com a prática criminosa e se recusa a condenar oficiais nela envolvidos, exemplos bastante antigos podem ser utilizados na petição. Isso, contudo, diz respeito a um argumento de mérito – provar o caráter sistemático de uma violação – e não a um argumento processual, referente à admissibilidade – trazer um caso de violação específica e concreta a fim de inaugurar a competência da Comissão para analisá-lo.

A mesma flexibilização à regra do esgotamento dos recursos internos, nos casos previstos no art. 46 (2), aplica-se aqui, desconsiderando-se o prazo de seis meses.

---

[36] Decreto n. 678, de 6.11.1992.

[37] É o mesmo o caso do Brasil, que, ao aceitar a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o fez apenas para casos posteriores a 10.12.1998. Ver Decreto n. 4.468, de 8.12.1992.

(3) *A petição deve tratar de matéria que não está pendente de apreciação em outro processo de solução internacional.*

De maneira similar a outros procedimentos internacionais, a disposição tenta ordenar minimamente o sistema.

(4) *A petição deve conter os dados do peticionário (como nome, nacionalidade, profissão, domicílio) e ser assinada por ele ou pelo representante legal de entidade que a submeta.*

Mais uma vez, trata-se de norma que impede o anonimato na formulação de petições.

(5) *A petição deve expor os fatos que caracterizem violação dos direitos expostos na Convenção Americana.*

Deve haver sempre uma correlação entre os fatos descritos na petição e o direito violado consagrado na Convenção. Um caso recentemente analisado pela Comissão dá a ideia de como tal requisito é observado.

Alguns indivíduos peticionaram à Comissão em nome do senhor Julio César Recabarren, que veio a falecer em razão de complicações surgidas pelo fato de não haver disponibilidade de leitos para transferi-lo a uma unidade intensiva em um hospital da Argentina. Os peticionários demonstraram que haviam esgotado todos os recursos internos, e a Comissão reconheceu o cumprimento de tal requisito. Entretanto, a Comissão também percebeu que a demanda foi julgada internamente por tribunais independentes e imparciais que, após procederem à análise e valoração das provas, concluíram por rechaçá-la. Nesse caso, a Comissão afirmou que não estava autorizada a revisar decisões internas, a não ser que se mostrasse evidente a violação a algum direito consagrado na Convenção Americana – o que não se constatou na situação. A petição foi considerada inadmissível por não expor fatos que caracterizassem violação à Convenção[38].

(6) *A petição não deve ser manifestamente infundada ou evidentemente improcedente.*

Como já afirmado em relação ao Conselho de Direitos Humanos, esse é um dos requisitos lógicos de uma petição.

[38] CIDH, Informe n. 92/08, caso 12.305, *Carlos Julio César Racabarren y otra (Argentina*), 31.10.2008.

(7) *A petição não deve ser reprodução de petição anteriormente examinada pela Comissão ou por outros órgãos internacionais que cuidem da matéria.*

Esse requisito guarda forte relação com a questão da coordenação dos mecanismos de proteção. Especificamente, impede-se que um peticionário apresente várias vezes a mesma petição em um órgão ou em vários órgãos diferentes a fim de aumentar suas chances de ver seu pleito atendido.

## 2. Petição individual no Sistema da OEA

Além de o texto da Convenção explicitar requisitos de admissibilidade, também o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos o faz. Na medida em que a Comissão Interamericana pode receber petições tanto com base no sistema OEA (aplicável a todos os membros da Organização) como no sistema da Convenção Americana (aplicável somente aos Estados que são partes nesse tratado), ela estipula dois procedimentos para a apresentação de petições: o referente ao sistema OEA encontra-se especialmente no art. 23; o referente ao sistema da Convenção Americana está estabelecido especialmente no art. 28[39].

Em ambos os casos, os requisitos de admissibilidade não destoam daqueles consagrados na Convenção Americana nem daqueles estipulados no sistema global.

O Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu art. 34, estabelece os requisitos necessários para que uma petição seja apresentada à Corte. Em razão de o sistema interamericano somente permitir, em sua jurisdição contenciosa, a atuação da Comissão Interamericana, e não a atuação individual, um estudo mais detalhado dos requisitos não se faz necessário aqui. Basta apenas mencionar que tais requisitos se assemelham bastante àqueles existentes no direito brasileiro para uma petição inicial. Assim, a petição deve conter, por exemplo, o pedido, a indicação das partes em juízo, a exposição dos fatos em questão, a indicação das provas etc.

Um aspecto relativo à Corte Interamericana, no entanto, merece ser mencionado. Em uma reforma bastante recente do início de 2009, o Regulamento passou a estipular, em seu art. 41, a possibilidade de presença de *amicus curiae* em qualquer processo contencioso perante a Corte. A intervenção dos *amicus curiae* faz-se de maneira escrita e pode ser apresentada a qualquer momento do processo, desde que 15 dias após a audiência pública no processo ou após a abertura de prazo para alegações finais e prova documental[40].

---

[39] Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos10.htm>. Acesso em: 30 abr. 2009.

[40] Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/regla_esp.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2009.

A presença de *amicus curiae* na Corte reforça bastante o papel do indivíduo no contencioso interamericano de direitos humanos. É possível que isso seja um embrião de futuros desenvolvimentos, como, por exemplo, o desejável acesso direto dos indivíduos ao tribunal internacional.

## § 14 Mérito

**Sumário:**

I. A justiciabilidade de uma violação de um direito humano
II. A comprovação de uma violação de um direito humano

No sistema de proteção internacional dos direitos humanos, não há uma forma específica para a apresentação de argumentos de mérito. O que se deve ter em conta é que uma violação a um direito humano precisa ser provada de maneira bastante persuasiva. Isso nos leva, de imediato, a duas questões: (1) quais direitos humanos podem ser violados e cujo respeito pode ser cobrado nos mecanismos internacionais? (2) como provar, de maneira persuasiva, que a violação ao direito ocorreu?

### I. A justiciabilidade de uma violação de um direito humano

A pergunta sobre que direitos podem ser violados e cujo respeito pode ser cobrado somente pode ser respondida se se toma em consideração cada mecanismo em separado.

Os mecanismos convencionais possuem sua competência restrita aos termos dispostos nos próprios tratados que os criam. É o caso, por exemplo, do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. O já mencionado Protocolo Facultativo à Cedaw estabelece, em seu art. 2º, que: "As comunicações podem ser apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, que se encontrem sob a jurisdição do Estado-Parte e aleguem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos estabelecidos na Convenção por aquele Estado-Parte, ou em nome desses indivíduos ou grupos de indivíduos". Assim, o Comitê possui competência estrita para analisar violações à Cedaw e não a outro tratado.

Algo similar acontece com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos na qualidade de protetora da Convenção Americana de Direitos Humanos. Este último tratado deverá ser o referencial único para a Comissão afirmar que houve ou não violação de direitos. Por essa razão, como já afirmado, há um procedimento próprio para a Comissão analisar petições que alegam violação à Convenção Americana.

Já os mecanismos extraconvencionais possuem uma margem muito mais

ampla para constatar a violação de algum direito. De regra, esses mecanismos não estão limitados em sua análise de violações por nenhum tratado ou sequer pela própria figura do tratado internacional – muitas vezes podem encontrar violações em instrumentos internacionais como declarações, que não se confundem, do ponto de vista do direito internacional positivo, com tratados.

O procedimento de reclamações do Conselho de Direitos Humanos tem competência para investigar padrões consistentes de graves violações de todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais em qualquer parte do mundo. Isso significa que não só tratados e não só declarações podem ser parâmetro para sua análise, como também outras normas de direito internacional, como costumes internacionais, por exemplo[41].

No plano regional, a Comissão Interamericana, no âmbito do sistema OEA, também tem um leque amplo de atuação. Segundo o art. 23 de seu Regulamento Geral, a Comissão pode analisar a alegação de violação aos seguintes instrumentos: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Convenção Americana de Direitos Humanos, seu Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo relativo à abolição da pena de morte, Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura, Convenção Interamericana sobre Desaparição Forçada de Pessoas e Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e erradicar a violência contra a mulher.

Desse modo, pode-se responder à questão acima da seguinte maneira: a petição inicial endereçada deve observar cuidadosamente o tipo de mecanismo de proteção internacional de direitos humanos a que se está recorrendo. Tais mecanismos costumam centrar-se bastante na questão de sua própria competência, normalmente não admitindo extrapolá-la. Visto que há muitos mecanismos hoje existentes, uma confiança recíproca costuma existir entre eles para que um não exacerbe sua competência. A manutenção de coerência do sistema como um todo é, assim, preservada.

## II. A comprovação de uma violação de um direito humano

A pergunta sobre como provar, de maneira persuasiva, a ocorrência de violação a algum direito somente pode ser respondida se se recorre a métodos de persuasão que busquem sensibilizar os membros dos mecanismos de proteção.

---

[41] HRC 5/1, de 18.6.2008, § 85. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_5_1.doc>. Acesso em: 30 abr. 2009.

Uma análise desse tipo, evidentemente, foge ao escopo de um trabalho como esse, voltado a aspectos jurídicos da proteção internacional dos direitos humanos. Dois pontos podem, entretanto, ser apenas levantados.

James Cavallaro e Stephanie Brewer[42], baseados em suas experiências na litigância internacional de direitos humanos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, levantam alguns pontos que podem certamente fazer a diferença na formulação de uma petição a mecanismos internacionais em geral:

(a) é preciso que o quadro factual apresentado na petição seja o mais preciso possível; muitas petições, embora bem redigidas, pecam por não trazerem provas plausíveis. As autoridades internacionais relutam em ver instituições internacionais como revisoras da atividade de instituições internas – especialmente judiciárias. A prova apresentada, deve ser, portanto, contundente, para mostrar de forma cabal que a instituição interna não foi capaz de garantir a proteção do direito;

(b) cada vez mais, os mecanismos internacionais baseiam-se em sua própria jurisprudência sobre o assunto no momento de decidir uma questão. Um argumento de mérito que costuma ser forte é apoiar o pleito em algum precedente já estabelecido. Ainda que o precedente não seja do mesmo mecanismo que analisa o caso, ele pode ser valioso. Os mecanismos de proteção costumam observar o que outros mecanismos estão fazendo e muitas vezes se veem como partes integradas em um todo.

## § 15 *Checklist*

Eis uma lista dos principais requisitos de admissibilidade existentes nos diferentes mecanismos de proteção:

- forma escrita;
- dados do peticionário;
- assinatura pela vítima ou por alguém que a represente (a petição não pode ser anônima);
- concordância com as normas de direito internacional;
- descrição plausível dos fatos e do direito violado;
- o caso trazido não deve ter sido analisado ou estar em via de análise por outro órgão internacional;
- prévio esgotamento de recursos internos;

[42] Para o argumento completo dos autores, ver Cavallaro, James L.; Brewer, Stephanie Erin. Reevaluating regional human rights litigation in the twenty-first century: the case of the Inter-American Court. *American Journal of International Law*, Washington, v. 102, n. 4, p. 768-827.

- respeito ao prazo para peticionar (quando o mecanismo exigir);
- outros requisitos (a depender do mecanismo em questão).

**Informações úteis na internet:** <http://www.cejil.org/main.cfm?switch=p> (sítio, em português, do Centro pela Justiça e o Direito Internacional — CEJIL, importante organização não governamental com forte atuação na apresentação de casos perante o sistema interamericano de direitos humanos); <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/queixa-violacao-dh/queixa-onu.html> (sítio, em português, do Gabinete de Documentação e Direito Comparado de Portugal, que contém guia de apresentação de comunicações aos órgãos das Nações Unidas); <https://www.cidh.oas.org/cidh_apps/manual_pdf/MANUAL2002_P.pdf> (sítio, em português, que contém guia de apresentação de comunicações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

# PARTE 3

## Direito Material (direitos seletivos)

# Capítulo 7: Direitos civis e políticos

## § 16 O direito à vida e a pena de morte (art. 6º do Pacto II; art. 4º da ConvIDH)

**Sumário:**

I. Direito à vida
   1. O âmbito de proteção
   2. As obrigações de respeito
   3. As obrigações de proteção
      a. As obrigações legislativas
      b. A proteção contra ameaças por pessoas privadas
   4. Obrigações processuais do Estado
   5. Obrigações de garantir

II. A pena de morte

III. Perspectivas

**Bibliografia:** Carvalho Ramos, A. de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Carvalho Ramos, A. de. *Direitos humanos em juízo:* comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001. Carvalho Ramos, A. de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Rey Martinez, F. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: García Roca, J.; Santolaya, P. (Coord.). *La Europa de los derechos:* el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95. Gomes, L. F.; Mazzuoli, V. de O. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

**Caso 1:** As autoridades policiais do Estado X autorizam agentes de força especial de elite a utilizar força letal, em espaço público com grande movimentação, contra três suspeitos de integrar organização terrorista, que estariam portando explosivos. Após investigação, verifica-se que os mortos não pertenciam ao núcleo armado da organização. Tal informação era do conhecimento do setor de inteligência da polícia comum, que, em decorrência de divisões administrativas, não partilhava dados com a Agência Antiterrorista ou com o chefe das forças especiais que comandava a operação *in loco*. Além

disso, não estavam portando armamento ou explosivo, mas, devido à grande movimentação de pessoas no local, um dos agentes confundiu mochilas de terceiros como sendo dos suspeitos, o que o fez acreditar que eles haviam posto explosivos e iriam detoná-los. Todos os três morreram instantaneamente por disparos na cabeça. Avalie a conduta do Estado X em face da proteção internacional do direito à vida.

**Caso 2:** Mulher relatou, em delegacia de polícia do Estado Y, ameaças telefônicas de seu ex-namorado, bem como informou que este estaria seguindo-a constantemente nos seus trajetos regulares. A polícia registrou a ocorrência e exigiu, para outras providências, que maiores provas fossem apresentadas (gravações das supostas ameaças, bilhetes ameaçadores etc.). Dias depois, a mulher foi assassinada pelo ex-namorado. Avalie a conduta do Estado Y em face da proteção internacional do direito à vida.

**Caso 3:** Na região norte do Estado W, há aumento brutal de desaparecimentos de pessoas, com histórico de prática de furtos em estabelecimentos comerciais. Houve relatos de testemunhas anônimas a jornalistas afirmando que tais desaparecimentos forçados são fruto de ação de milícias compostas por policiais nos horários de folga, pagas por comerciantes e que agiam à luz do dia, certos da impunidade. Apesar disso, não houve a abertura imediata de investigação, pois a polícia alegou que os jornalistas, em nome do sigilo da fonte, não forneceriam os nomes das testemunhas. Quase um ano após tais denúncias e com o aumento da prática, houve a instauração de inquérito conduzido pelos próprios policiais da área dos desaparecimentos. Não houve, três anos após a instauração, qualquer andamento da investigação. Quase cinco anos depois e após intensa campanha de organizações de defesa de direitos humanos contra a impunidade, o Congresso aprova lei de iniciativa de deputado da região norte do Estado W, anistiando todo e qualquer policial envolvido em atos clandestinos de combate a criminosos, abarcando inclusive homicídios. Analise a conduta do Estado W em face da proteção internacional do direito à vida.

**Caso 4:** O Estado Z, signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e que já reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, decide interromper programa de saúde pré-natal às mulheres grávidas na rede pública, alegando crise financeira e necessidade de adotar plano de ajuste fiscal. De que modo essa interrupção afeta o direito à vida, previsto no artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos?

## I. Direito à vida

Vida é o estado em que se encontra determinado ser animado. Seu oposto, a morte, consiste no fim das funções vitais de um organismo[1]. Aplicados esses conceitos iniciais ao ser humano, vê-se que o Direito, ao longo dos anos, assiste a discussões sobre qual deve ser o formato da proteção jurídica à vida. Neste sentido, o direito à vida contempla diferentes facetas, que vão desde o direito de nascer, de permanecer vivo e de defender a própria vida e, com discussões cada vez mais agudas, devido ao avanço da medicina, acerca do ato de obstar o nascimento do feto, decidir sobre embriões congelados e ainda optar sobre a própria morte[2]. Tais discussões envolvem aborto, pesquisas científicas, suicídio assistido e eutanásia, suscitando a necessidade de dividir a proteção à vida em dois planos: a dimensão vertical e a dimensão horizontal.

A dimensão vertical envolve a proteção da vida nas diferentes fases do desenvolvimento humano (da fecundação à morte). Algumas definições sobre o direito à vida refletem essa dimensão, pois esse direito consistiria no "direito a não interrupção dos processos vitais do titular mediante intervenção de terceiros e, principalmente, das autoridades estatais"[3]. Há ainda a sua dimensão horizontal, que engloba a qualidade da vida gozada e suas facetas sociais, o que nos leva a discussões sobre a vida digna e sobre o mínimo existencial. Esta dimensão horizontal leva a promoção do direito à vida a abarcar a tutela à saúde, educação, prestações de seguridade social e até mesmo meio ambiente equilibrado.

---

[1] Rodrigues, Renata Cenedesi Bom Costa. El nuevo concepto del derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Foro Constitucional Iberoamericano,* Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, 2003. Disponível em: <http://www.idpc.es/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=81&Itemid=32>. Acesso em: 19 abr. 2009.

[2] Ver, entre outros, Dworkin, Ronald. *O domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[3] Dimoulis, Dimitri. Vida (Direito à). In: Dimoulis, Dimitri; Tavares, André Ramos; Bercovici, Gilberto; Silva, Guilherme Amorin Campos; Francisco, José Carlos; Anjos Filho, Robério Nunes; Rothenburg, Walter Claudius (Org.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 397-399.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos acompanha esta pluralidade de abordagens, como se verá. Além disso, os diplomas normativos de direitos humanos no plano internacional jamais ousaram definir "vida", mas se concentraram em estabelecer marcos protetivos. Assim, ficou expresso o direito à *proteção* à vida, deixando para os órgãos judiciais e quase judiciais internacionais criados ao longo dos anos a tarefa de desvendar quais seriam os comportamentos lesivos a tal proteção e seus limites[4].

Inicialmente, vê-se que o epicentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê a proteção do direito à vida já em seu artigo III, que dispõe que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal". A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, poucos meses antes, em 1948, já havia estabelecido, em seu artigo 1º, que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. Ainda nesta fase precursora dos diplomas internacionais de direitos humanos, a proteção à vida foi enfatizada no pós 2ª Guerra Mundial por meio do desejo de persecução criminal aos violadores bárbaros de direitos humanos, como se vê nos chamados "Princípios de Nuremberg" previstos na Resolução n. 96 (I), de 11 de dezembro de 1946, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Esse desejo motivou os Estados a tipificar e exigir punição a uma das maiores agressões ao direito à vida, o genocídio, que consiste no cometimento de atos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Como se vê no artigo 2º, "a", da Convenção pela Prevenção e Repressão ao Genocídio (1948), pune-se o assassinato como um dos atos pelos quais é possível a prática do genocídio.

Após, o artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos regula longamente o direito à vida e a pena de morte, iniciando-se pela reafirmação de que "o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei: ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida" (art. 6º, 1). A preocupação com a violação arbitrária do direito à vida repercute nos demais itens do artigo 6º

[4] O presente artigo contempla farta jurisprudência e análise crítica dos julgados sobre direito à vida das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos que constam respectivamente de duas obras: no plano europeu, ver o artigo magistral de Fernando Rey Martinez, "La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión" [in: García Roca, Javier; Santolaya, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos:* el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95]; e no plano das Américas, ver André de Carvalho Ramos, *Direitos humanos em juízo:* comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos [São Paulo: Max Limonad, 2001]. Agradecemos ainda ao professor Rey Martinez, catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Valladolid (Espanha) por ter compartilhado conosco versão atualizada – ainda no prelo (2009) – do seu citado artigo sobre direito à vida.

com várias limitações à imposição da pena de morte. No plano regional, o artigo 2.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) estabelece que "O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei". Já o artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos segue o mesmo caminho, estabelecendo que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Sociais também estabelece, em seu artigo 11, §1º, "o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida". Esta vertente social do direito à vida explica o artigo XXV da Declaração Universal de Direitos Humanos, que dispõe: "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle". Assim, vê-se que a dimensão vertical e horizontal da proteção jurídica da vida foram reconhecidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A seguir, analisaremos os âmbitos de proteção inseridos nestas duas dimensões.

## 1. O âmbito de proteção

A proteção jurídica da vida possui traços distintivos da dos demais direitos, que direcionam o conteúdo das obrigações do Estado. Em primeiro lugar, é pressuposto dos demais direitos; em segundo lugar, a violação do direito à vida é irreversível e irreparável; por fim, há evidente desconforto doutrinário na delimitação do início e do término da vida, dados os incontáveis ingredientes científicos, religiosos e morais que influenciam o debate.

As obrigações dos Estados são, tradicionalmente, referentes às chamadas prestações negativas ou obrigações de defesa. Cabe ao Estado (e seus agentes) não violar de modo arbitrário a vida dos jurisdicionados, evitando-se a opressão e a tirania. Por isso, em vários tratados internacionais de direitos humanos, há a menção à proibição do Estado de *arbitrariamente* ou com uso excessivo de força privar alguém de sua vida. Porém, há também a dimensão objetiva do direito à vida, para a qual o direito à vida

não deve ser entendido como uma posição jurídica conferida a seu titular, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação do direito à vida dos indivíduos. Essa dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de imposição de deveres de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais. Surgem as chamadas obrigações positivas ao Estado, que estabelecem o dever de criar políticas de promoção do direito à vida *digna*, em especial no que diz respeito às condições materiais mínimas de existência[5].

Assim, a luta pela afirmação do direito à vida passou por várias fases, que ampliaram, progressivamente, seu âmbito de proteção. Por isso, divide-se o âmbito de proteção da vida no cenário internacional em quatro fases.

A primeira fase referente ao âmbito de proteção à vida consistiu em estabelecer regras para a aferição da legitimidade das condutas que ocasionavam a perda da vida, contando ainda com a proibição de ampliação das hipóteses de imposição da pena de morte (projetando-se o seu banimento futuro). Neste sentido, os tratados internacionais de direitos humanos preveem o direito de o indivíduo não ser privado *arbitrariamente* do direito à vida. O termo "arbitrariamente" possibilita, *a contrario sensu,* a existência de justificativas legais para o término da vida, como, por exemplo, a legítima defesa, o estado de necessidade, a eutanásia, entre outros.

A segunda fase implicou a fixação de obrigações ao Estado de zelo à vida das pessoas submetidas ao seu jugo, atacando-se a) o uso desproporcionado da força por parte dos agentes públicos; b) os desaparecimentos forçados e ataques clandestinos à vida por parte dos agentes públicos; c) as torturas e mortes nas prisões e dependências policiais. Essa segunda fase encontra forte desenvolvimento na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), como se vê nos *Casos Velásquez Rodríguez, Godinez Cruz,* entre outros.

Como desdobramento da segunda fase, a terceira fase consiste na fixação da obrigação do Estado de zelar pela observância do direito à vida nas relações privadas. Nesse âmbito de proteção, insere-se o combate aos esquadrões da morte e as execuções extrajudiciais por parte de agentes privados, a proteção da vida de grupos vulneráveis, como se vê na discussão da violência de gênero, contra crianças e por discriminação odiosa, entre outros.

A quarta fase estabelece âmbito de proteção mais extenso da vida, abarcando as condições mínimas de existência. Assim, obriga-se o Estado a assegurar o mínimo existencial necessário a uma vida *digna.*

---

[5] Para Willis Santiago Guerra Filho, "A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar" (Guerra Filho, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: Guerra Filho, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997, p.13).

Note-se que não há superação, mas sim maior ou menor foco sobre tais âmbitos de proteção, a depender do contexto de cada Estado. Há aqueles que já superaram a fase do banimento da pena de morte e outros ainda a mantêm; o âmbito de proteção da vida nas relações privadas possui forte repercussão na maioria dos países, em especial na temática do aborto, pesquisa em embriões humanos congelados, suicídio assistido e eutanásia; a vida em condições materiais dignas encontra-se em debate em quase todos os países.

Logo, abordaremos a seguir as diversas obrigações do Estado visando implementar a proteção do direito à vida nos seus mais diversos âmbitos.

## 2. As obrigações de respeito

Os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem obrigações aos Estados que podem ser classificadas em dois tipos: a obrigação de respeito aos direitos humanos e a obrigação de garantia. Como exemplo, cite-se o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece que o Estado fica obrigado a *zelar pelo respeito* dos direitos humanos reconhecidos e a *garantir o exercício* deles por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição.

Essa obrigação de *respeito* concretiza uma obrigação de não fazer, que se *traduz na limitação do poder público em face dos direitos do indivíduo*. Como já declarou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o exercício da função pública tem limites que derivam dos direitos humanos, atributos inerentes à dignidade humana e, em consequência, superiores ao poder do Estado. Ainda, segundo a Corte, trata-se de dever de caráter eminentemente negativo, um dever de abster-se de condutas que importem em violações de direitos humanos[6].

Assim, determinado Estado viola esse dever quando usa a força de modo arbitrário ou excessivo, privando indivíduos do direito à vida. Mesmo em situações de ruptura da ordem pública, cabe ao Estado possuir forças policiais treinadas que não abusem de seu poder.

Os excessos dos agentes públicos no uso da força merecem intensa reprovação dos tribunais internacionais de direitos humanos, como se vê na farta jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

---

[6] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez*,, sentença de 29 de julho de 1988, série C, n. 4, §165.

No sistema interamericano, cite-se o Caso da Penitenciária de El Frontón, no qual a Marinha peruana, literalmente, demoliu o presídio em questão. A Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Peru pelo uso excessivo da força na repressão à rebelião, observando que o termo "arbitrariamente", utilizado no artigo 4.1 (direito à vida) da Convenção Americana de Direitos Humanos, exclui de sua aplicação os processos legais aplicáveis nos países que conservaram a pena de morte no seu ordenamento jurídico, bem como não nega o direito de o Estado utilizar a força, ainda que implique a privação da vida, na manutenção da ordem interna e da segurança dos cidadãos. Porém, no caso em comento, a Corte considerou que a alta periculosidade dos detentos não justifica de modo algum a magnitude da força utilizada. A Corte ressaltou que o Estado tem o direito e também o dever de garantir sua própria segurança. É de se repudiar, porém, que o poder seja exercitável sem limite algum ou que o Estado possa valer-se de quaisquer meios para alcançar seus fins, depreciando a vida e a dignidade humana, como o fez ao demolir, usando explosivos, o presídio, massacrando dezenas de presos amotinados[7].

Mesmo no que tange à repressão do terrorismo, vê-se que não pode o Estado adotar uma política de "vale-tudo" ou de aceitar que os "fins justifiquem os meios". Neste sentido, um dos casos mais célebres foi o *Caso McCann e Outros contra o Reino Unido*, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos apreciou a morte de três membros do grupo irlandês IRA (Irish Republican Army) ocasionada por forças especiais britânicas em Gilbraltar. A Corte fixou parâmetros que podem ser utilizados no **Caso 1**. Em primeiro lugar, o direito à vida é peça fundamental no arcabouço normativo de um Estado; disso decorre a necessidade de uma interpretação que lhe dê a máxima efetividade e ainda restrinja as possibilidades de sua legítima vulneração. Além disso, o recurso à força e o sacrifício da vida humana tem que ser absolutamente necessário e estritamente proporcional ao bem jurídico que se procura tutelar (por exemplo, a vida de outros). Logo, para a Corte Europeia, a privação da vida ordenada por agentes públicos deve ser precedida por análise rigorosa, tomando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a existência de alternativas menos gravosas. No *Caso McCann*, a Corte considerou que o Reino Unido violou o direito à vida das vítimas em decorrência da deficiente e negligente organização, planejamento e controle da operação policial. Com base nesses critérios, a Corte condenou o Reino Unido, afirmando que a proteção à vida abrange não só os atos arbitrários intencionais de privação da vida, mas também os atos ou omissões culposas, não intencionais, fundadas na negligência, imprudência ou imperícia[8].

---

[7] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Neira Alegria - Mérito*, sentença de 19 de janeiro de 1995, série C, n. 20.

[8] Ver *Caso McCann and Others vs. the United Kingdom*, julgamento em 5.9.1995.

Outro precedente importante do plano internacional sobre o dever dos agentes públicos de não violar a vida de modo arbitrário é o *Caso Andronicou e Constantinou vs. Chipre*, no qual a Corte Europeia de Direitos Humanos apreciou as mortes de sequestrador e sequestrada em uma operação de resgate policial[9]. Os peticionantes (pais da sequestrada) alegaram erros grosseiros na operação policial, mas a Corte decidiu que o planejamento e a execução da operação foram realizados de modo que minimizassem os riscos à vida dos envolvidos (em especial da sequestrada) e que, portanto, o Estado não havia violado o direito à vida previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Por outro lado, no *Caso Ergi vs. Turquia*[10], a Corte Europeia de Direitos Humanos chegou à conclusão oposta, condenando o Estado pela morte de civil curdo em operação militar do Exército turco contra o Partido dos Trabalhadores do Curdistão, que luta pela independência desta região. Para a Corte, o Estado não respeitou seu dever de não pôr em risco a população civil, que ficou no fogo cruzado entre os combatentes.

Os deveres de abstenção do Estado também foram ressaltados no *Caso Caballero Santana* perante a Corte IDH, no qual a Colômbia foi condenada pelo desaparecimento forçado do senhor Caballero e da senhora Santana, detidos pelo Exército e depois nunca mais vistos. O lapso temporal do desaparecimento forçado levou a Corte a concluir que havia sido violado o direito à vida das vítimas, consagrando a responsabilidade internacional da Colômbia pelo respeito à vida daqueles sob a guarda das forças de segurança do Estado[11]. Em outro caso célebre de desaparecimentos forçados, a Corte IDH apreciou a detenção por forças policiais peruanas e desaparecimento posterior do estudante Ernesto Rafael Castillo Páez, que nunca mais foi visto[12]. A Corte concluiu pela violação do direito à vida, mesmo

---

[9] Ver *Caso Andronicou e Constantinou vs. Chipre*, julgamento em 9.10.1997.

[10] *Caso Ergi vs. Turquia*, julgamento em 28.7.1998.

[11] De acordo com os fatos narrados, Isidro Caballero e María del Carmen Santana foram detidos em 7.2.1989, na localidade conhecida como Graudas, sob a jurisdição do município de San Alberto, Departamento de Cesar, Colômbia, por uma patrulha militar composta por unidades do exército colombiano estacionadas na base militar de Líbano (jurisdição de São Alberto), componente da 5ª Brigada aquartelada em Bucaramanga. A detenção fora motivada pelo fato de o senhor Isidro Caballero ter sido, durante 11 anos, líder do Sindicato de Professores de Santander. Antes disso e pelas mesmas razões, fora preso na Prisão Modelo de Bucaramanga, acusado de pertencer ao Movimento 19 de abril (M-19), sendo libertado em 1986. A Corte sentenciou a referida ação no dia 8.12.1995, condenando o Estado-réu por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos.

[12] De acordo com os fatos narrados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no dia 21.10.1990, o estudante universitário de 22 anos de idade, Ernesto Rafael Castillo Páez, foi detido por agentes da Polícia Geral, integrantes da Polícia Nacional, nas cercanias do Parque Central do Grupo 17, Segundo Setor, Segunda Zona do Distrito de Villa El Salvador, em Lima (capital do Peru). De acordo com testemunhas presenciais, os agentes o detiveram, golpearam-no e o colocaram no porta-malas de um veículo policial e partiram. A detenção ocorreu após atentado do grupo guerrilheiro "Sendero Luminoso". Os pais de Castillo Páez receberam um telefonema anônimo, por meio do qual foi informada a detenção de seu filho.

sem cadáver, uma vez que o senhor Páez, detido arbitrariamente, com paradeiro ocultado por agentes policiais, nunca mais foi visto desde o dia de sua prisão, em 1990. O decurso de tempo (a sentença é de 1997) aliado a tais circunstâncias levaram à conclusão razoável da morte do senhor Páez. A Corte rechaçou o argumento do Estado peruano de ausência de corpo de delito, tendo em vista que "é inaceitável esse raciocínio, pois bastaria que os autores de um desaparecimento forçado ocultassem ou destruíssem o cadáver da vítima, o que é frequente nesses casos, para que se produzisse a impunidade absoluta dos infratores"[13]. A Corte reiterou, assim, seu posicionamento em casos similares de desaparecimentos forçados quando decorridos vários anos sem que se saiba o paradeiro da vítima[14]. Os desaparecimentos forçados foram uma constante nos anos de chumbo das ditaduras sul-americanas, o que aumenta a importância dos *Casos Caballero Santana* e *Castillo Páez*.

Também é importante para a fixação dos deveres de abstenção do Estado o caso do massacre de "El Amparo" também perante a Corte IDH, no qual o Exército da Venezuela assassinou 14 pescadores na comunidade de El Amparo, tendo o Estado-réu reconhecido sua responsabilidade internacional. A ausência de contestação da Venezuela no processo internacional perante a Corte IDH demonstra o grau de consolidação, na comunidade interestatal, do dever de abstenção cobrado dos agentes públicos na promoção do direito à vida[15].

Por outro lado, esses deveres de abstenção abarcam todos os Poderes do Estado e não somente o Poder Executivo. Assim, descumpre esse dever de abstenção a edição de lei que venha a acarretar a violação do direito à vida e ainda decisão judicial que venha a permitir tal violação de modo ilegítimo.

---

Imediatamente, iniciaram esforços para localizá-lo em diversas dependências policiais, todos infrutíferos. Foi interposto *habeas corpus*, sem resultado. Além disso, foram processados vários policiais pelo desaparecimento de Castillo Páez perante o 14º Juízo Criminal do Distrito de Lima. Por meio de sentença de 19.8.1991, esse Juízo concluiu que o desaparecimento forçado de Ernesto Rafael Castillo Páez fora realizado pelos efetivos policiais, mas apontou não haver indícios suficientes para condenar aqueles acusados, sendo arquivada a demanda. A Corte sentenciou a referida ação no dia 3.11.1997, condenando o Estado peruano por violações à Convenção Americana de Direitos Humanos.

13 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Castillo Páez,*, sentença de 3.11.1997, série C, n. 34, §73.

14 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Castillo Páez,*, sentença de 3.11.1997, série C, n. 34.

15 De acordo com os fatos narrados pela Comissão, 16 pescadores residentes no povoado de El Amparo dirigiam-se ao Canal La Colorada através do rio Arauca, localizado no Distrito Páez do Estado Apure, para participar de um torneio de pesca, a bordo de uma embarcação conduzida por José Indalecio Guerrero. Às 23h20, o barco parou e, enquanto alguns pescadores desembarcavam, membros do Exército e da polícia do Comando José Antonio Páez (Cejap), que realizavam uma operação militar denominada "Anguila III", mataram 14 dos 16 pescadores. Wollmer Gregorio Pinilla e José Augusto Arias, que ainda se encontravam no barco, escaparam pulando na água e nadando através do Canal La Colorada. Os sobreviventes refugiaram-se na fazenda Buena Vista, localizada a 15 km do local dos eventos, e, no dia seguinte, entregaram-se ao Comandante da Polícia de El Amparo.

## 3. As obrigações de proteção

### *a. As obrigações legislativas*

A obrigação de *garantia* concretiza *uma obrigação de fazer*, que consiste na organização, pelo Estado, de estruturas e procedimentos capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, do direito à vida, mostrando a faceta objetiva deste mesmo direito. Para a Corte IDH tal obrigação manifesta-se de forma preponderantemente positiva, tendo por conteúdo o dever de os Estados-Partes organizarem o "aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos"[16]. Logo, há o dever de os Estados criarem estruturas que previnam a ocorrência de violações arbitrárias ou ilegítimas ao direito à vida, ou seja, os Estados comprometeram-se a estabelecer um amplo *arcabouço institucional* no qual o direito à vida possa ser exercido com dignidade[17].

### *b. A proteção contra ameaças por pessoas privadas*

Em determinadas hipóteses o ato de um mero particular pode violar o dever de proteção do direito à vida por parte do Estado. De fato, o Estado não pode omitir-se em face de atos de particulares que ameacem ou violem o direito à vida. Não seria assegurada a proteção do direito à vida, caso o Estado nada fizesse para prevenir ou ainda reprimir atos de particulares que atentem contra a vida de outrem. Porém, no caso do dever de proteção contra atos de terceiros, não basta que se comprove a violação do direito à vida, mas também que o Estado foi omisso no que tange ao que dele se espera em uma sociedade contemporânea, repleta de riscos à vida.

---

[16] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez,*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, § 166. A respeito do caso, ver Carvalho Ramos, André de. *Direitos humanos em juízo:* comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

[17] No *Caso Velásquez Rodriguez*, a Corte declarou que "A prática de desaparições, além de violar diretamente numerosas disposições da Convenção, como as assinaladas, significa uma ruptura radical deste tratado, na medida em que implica o crasso abandono dos valores que emanam da dignidade humana e dos princípios que mais profundamente fundamentam o sistema interamericano e a mesma Convenção. A existência dessa prática, ademais, supõe o desconhecimento do *dever de organizar o aparato do Estado* de modo que se garantam os direitos reconhecidos na Convenção [...]" [grifo do autor]. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez – Mérito*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, §§ 149-150, 153, 155-158.

Por isso, há farta jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos analisando o comportamento do Estado *na ocorrência* de atos lesivos à vida por parte de pessoas privadas.

Entre os casos, cite-se o célebre *Caso Osman vs. Reino Unido*[18], no qual um professor britânico, após assediar aluno e família, acabou matando o pai da família e ferindo gravemente o aluno. Houve ação perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, acusando o Estado de ter falhado em adotar as medidas protetivas apropriadas, assegurando a vida das vítimas. A Corte reconheceu que o direito à vida, previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 2º) exige que o Estado adote providências para evitar que a vida de alguém seja posta em risco por atos criminosos de outros. Contudo, a Corte decidiu que é impossível, no mundo contemporâneo, exigir que a polícia evite todo e qualquer crime, até porque é necessário proteger os direitos dos potenciais criminosos. Por isso, para que seja constatada a violação do direito à vida por atos de particulares, é necessário que se comprove que as autoridades públicas conheciam ou deveriam conhecer a existência de risco real e imediato sobre a vida e que não adotaram as medidas razoáveis para proteger as vítimas. Em outro caso da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Caso X* e *Y vs. Holanda*), o papel ativo do Estado foi *exigido explicitamente* e estabeleceu-se que os Estados são responsabilizados caso sejam omissos na repressão e prevenção de violações privadas dos direitos humanos[19].

A "Doutrina Osman" foi reproduzida em outros casos, utilizando-se os mesmos critérios interpretativos para aferir a omissão injustificada do Estado. No *Caso Akkoç vs. Turquia*, a Corte Europeia de Direitos Humanos condenou o Estado por não ter adotado as medidas preventivas, uma vez que era conhecido o risco real e imediato à vida de ativista curdo, que acabou assassinado[20]. Essa doutrina pode ser usada no **Caso 2**.

No plano americano, a doutrina Osman também é acatada. Com efeito, como salientou Nieto Navia, juiz da Corte IDH, em voto dissidente, "não basta que ocorra a violação para que se possa dizer que o Estado falhou em preveni-la"[21].

---

[18] *Caso Osman vs. Reino Unido*, julgamento em 28.10.1998. Conforme já mencionado, há interessante relato do *Caso Osman* em Fernando Rey Martinez, La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión [in: García Roca, Javier; Santolaya, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos:* el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95].

[19] Assinalou o acórdão que é necessário "the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves" (Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso X and Y vs. The Netherlands,* sentença de 26.3.1985, série A, n. 91, § 23).

[20] *Caso Akkoç vs. Turquia*, julgamento em 10.10.2000.

[21] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Caballero Delgado y Santana*, sentença de 8.12.1995, voto dissidente do juiz Rafael Nieto Navia, série C, n. 22, § 44, tradução livre.

É necessário que o Estado não tenha desempenhado, de modo razoável, o seu dever de prevenir o resultado.

Foi o que decidiu a Corte IDH no *Caso Godinez Cruz.* Para a Corte, então, "Com efeito, um fato inicialmente não é imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular [...], pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas por falta da devida diligência para prevenir a violação"[22]. Essa devida diligência constitui um *agir razoável* para prevenir situações de violação de direitos humanos[23]. A prevenção consiste em medidas de caráter jurídico, político e administrativo, que promovam o respeito aos direitos humanos e que sancionem os eventuais violadores[24].

A *falta da devida diligência* para *prevenir* ou para *reprimir* e *reparar* as violações de direitos humanos realizadas por particulares pode ensejar a responsabilidade do Estado. É *o caso de omissão na prevenção ou na repressão de atos ilícitos de particular* ou, ainda, no estímulo ou na edição de medidas que encorajam particulares para a violação de direitos.

No célebre *Caso Velásquez Rodríguez*, a Corte IDH de São José decidiu que, de acordo com o artigo 1º da Convenção Americana, as violações de Direitos Humanos causadas por particulares acarretam a responsabilidade do Estado *por sua injustificável omissão*, já que este tem a obrigação de assegurar o livre gozo dos direitos por parte de todos. Nos termos da sentença da Corte IDH, "a circunstância de que o aparelho do Estado tenha-se omitido de agir, o que está plenamente comprovado, representa um descumprimento imputável a Honduras dos deveres contraídos em razão do artigo 1.1 da Convenção"[25].

---

[22] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Godinez Cruz*, sentença de 20.1.1989, série C, n. 5, §182, p. 74, tradução livre.

[23] Este é o ensinamento mencionado no voto dissidente conjunto de Cançado Trindade, Aguiar-Aranguren e Picado Sotela, para os quais "a devida diligência impõe aos Estados o dever de prevenção razoável naquelas situações – como agora *sub judice* – que podem redundar, inclusive por omissão, na supressão da inviolabilidade do direito à vida" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gangaram Panday*, sentença de 21.1.1994, série C, n. 16, voto dissidente conjunto dos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade, Asdrúbal Aguiar-Aranguren e Sonia Picado Sotela, p. 35, tradução livre).

[24] Nesse diapasão, cite-se que, no *Caso Velásquez Rodriguez*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que "el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales" (ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, § 175, p. 71).

[25] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez*, sentença de 29.6.1988, série C, n. 4, § 182.

Cabe ao Estado, então, um papel a*tivo* na promoção de direitos humanos, zelando para que particulares não violem os direitos protegidos, ou, caso isso aconteça, buscando imediatamente a reparação do dano sofrido. Neste ponto, diante do dever de prevenir violações de direitos humanos, é necessário que o Estado, por sua omissão, permita a ofensa ao direito à vida[26].

Logo, exige-se que o Estado não cometa (por meio de seus agentes) atos de violação de direitos humanos ou não previna razoavelmente (por meio da devida diligência) a realização de violações ocasionadas por terceiros[27].

## 4. Obrigações processuais do Estado

A proteção do direito à vida impõe obrigações de proteção de cunho procedimental ao Estado. Assim, diante da impossibilidade de se prevenir, com êxito, agressão injusta ao direito à vida, cabe ao Estado criar mecanismos de investigação, persecução e punição aos violadores. Essa obrigação de investigar, processar e punir tem sido reiteradamente fixada pelos tribunais internacionais de direitos humanos em funcionamento nos diversos casos de violação do direito à vida. Esta obrigação de cunho procedimental é essencial para prevenir novas violações, pois serve como fator de desestímulo ao evitar a impunidade dos autores de violações do direito à vida.

Desde cedo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao buscar promover os direitos de todos os indivíduos, fez menção à necessidade de prevenir as violações de direitos humanos e, no caso de ocorrência destas, de reparar os danos causados às vítimas. Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos, peça-chave no Direito Internacional, estabeleceu, em seu artigo VIII, que toda pessoa vítima de violação a sua esfera juridicamente protegida tem direito a um recurso *efetivo* perante os tribunais nacionais, para a obtenção de reparação[28].

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU estabelece o mesmo direito, em seu artigo 2º, § 3º, o que também ocorre na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 6º). Na Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, todo Estado-Parte deve assegurar às vítimas reparação de todo dano sofrido (art. 14, § 1º).

---

[26] Para o internacionalista Malcom Shaw, "The state, however, is under a duty to show due diligence" (Shaw, Malcolm. *International law.* 3. ed. Cambridge: Grotius Publications; Cambridge University Press, 1995, p. 492).

[27] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Paniagua Morales e Outros – Mérito,* série C, n. 37, § 173.

[28] Joyner, Christopher C. Redressing impunity for human rights violations: the universal declaration and the search for accountability. *Denver Journal of International Law & Policy*, Denver: University of Denver College of Law, v. 26, p. 591 e ss., 1997-1998.

Na década de 90 do século passado a proteção dos direitos humanos consagrou o foco na implementação dos direitos protegidos[29]. No seio da Organização das Nações Unidas, cite-se o trabalho desenvolvido por Theo Van Boven, relator especial da Comissão de Direitos Humanos para a redação de resolução contendo os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário. Finalmente, em dezembro de 2005, foi aprovada a Resolução n. 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas referente aos princípios sobre o direito à reparação das vítimas de violações graves de direitos humanos[30]. Tal resolução consagrou o dever de investigar, processar e punir criminalmente os autores de violações de direitos humanos *como parte da obrigação genérica dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos*. O artigo 3º da citada Resolução é claro: "a obrigação de respeitar, garantir o respeito e implementar o Direito Internacional dos Direitos Humanos como determinado pelos seus respectivos órgãos jurídicos inclui, *inter alia*, o dever de […] b) investigar as violações de modo efetivo, pronto, completo e imparcial, e, no caso de ser adequado, propor ação contra aqueles presumidamente responsáveis de acordo com a lei doméstica e o Direito Internacional"[31]. Há uma característica típica do Direito Internacional dos Direitos Humanos que hoje contamina os ordenamentos locais: desde sua origem, suas normas preocuparam-se com a punição penal aos autores de violações de direitos humanos. De fato, os episódios bárbaros dos regimes totalitários na 2ª Guerra Mundial foram utilizados para mobilizar a sociedade internacional, reunida na então recém-criada Organização das Nações Unidas, em torno dos ideais de proteção dos direitos humanos[32]. Tais episódios motivaram também a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que reforçou o desejo de combater a impunidade dos autores de tais condutas odiosas e gerou o chamado "Direito de Nuremberg", que consiste em um conjunto de resoluções da Assembleia Geral da ONU e de tratados internacionais voltados para a punição dos autores de crimes

---

[29] Vide, como exemplos, as seguintes Resoluções da Comissão de Direitos Humanos: Resolução 1994/35, de 4.3.1994, Resolução 1995/34, de 3.3.1995, e Resolução 1996/35, de 19.4.1996.

[30] Ver Resolução 60/147, de 16.12.2005, intitulada "Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law".

[31] Tradução do autor.

[32] Conforme ensina Sudre: "Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale et ses atrocités qu'émerge le droit international des droits de l'homme avec la multiplication d'instruments internationaux énonçant les droits garantis" (ver Sudre, Fréderic. *Droit international et européen des droits de l'homme.* 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 13).

contra a humanidade[33]. A Resolução 3074 (XXVIII), de 3 de dezembro de 1973, da Assembleia Geral da ONU estabeleceu regras internacionais de cooperação na detenção, extradição, punição dos acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e determinou a persecução criminal no pais da detenção do acusado ou sua extradição para países cujas leis permitam a punição (*aut dedere aut judicare*[34]*).* Há também a proibição da concessão de asilo a acusados de cometimentos de crimes contra a humanidade[35] e a impossibilidade de caracterização desses crimes como crimes políticos para fins de concessão da extradição[36]. Cabe ainda lembrar que a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (1973) estipulou a inaplicabilidade das chamadas "regras técnicas de extinção de punibilidade", as chamadas *statutory limitations*, o que acarreta a imprescritibilidade destes crimes, no que foi acompanhada pelo Estatuto de Roma[37].

Este entrelaçamento entre a proteção de direitos humanos e o Direito Penal foi consagrado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Tal Conferência foi um marco na proteção de direitos humanos no mundo[38], tendo como resultado a elaboração de uma *Declaração* e um *Programa de Ação* para a promoção e proteção de direitos humanos[39]. A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os "Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito"[40].

---

[33] A respeito do Direito de Nuremberg, ver Ascensio, Hervé; Decaux, Emmanuel; Pellet, Alain (Org.). *Droit international pénal*. Paris: Centre de Droit International de l´Université Paris X; Éditions Pedone, 2000, p. 635 e seguintes.

[34] O princípio do *aut dedere aut judicare* ("extraditar ou julgar") remonta a Grotius e tem como objetivo assegurar punição aos infratores destas normas internacionais de conduta, onde quer que eles se encontrem. Não estariam seguros, na expressão inglesa, *anywhere in the world*. Ver mais em Carvalho Ramos, André de. O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, p. 106-114, 1999.

[35] Ver o § 7º da Resolução 3074 (XXVIII) e também o artigo 1º, § 2º, da Declaração sobre Asilo Territorial da Assembleia Geral da ONU, adotada em 14.12.1967 [Resolução 2312 (XXII)].

[36] Ver, por exemplo, o artigo VII da Convenção sobre Genocídio e artigo XI da Convenção sobre o *Apartheid.*

[37] Artigo 29: Imprescritibilidade**.** *Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.*

[38] Ver mais sobre o processo de negociação que envolveu a Conferência de Viena na excepcional obra de Lindgren Alves, José Augusto. *Relações internacionais e temas sociais:* a década das conferências*.* Brasília: Ibri, 2001.

[39] A Declaração contém um preâmbulo de 17 parágrafos e uma parte principal de 39 artigos. O Programa de Ação contém 100 parágrafos com recomendações de condutas.

[40] Item 60. Ver o texto completo da Declaração e Programa de Ação de Viena em Vilhena, Oscar V. *Direitos Humanos:* normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 177-215.

Foi consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o Direito Penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do Direito Internacional dos Direitos Humanos pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

Além disso, insere-se no dever processual dos Estados de proteção à vida a não concessão das indevidas anistias aos violadores bárbaros de direitos humanos. No plano americano, a Corte IDH condenou a edição de leis de anistia aos autores de violação de direitos humanos. No *Caso Loayza Tamayo*, a Corte IDH enfrentou a posição do Estado peruano, que se insurgiu contra o dever de investigar e punir os responsáveis pela ilegal detenção da senhora Tamayo, alegando *anistia geral* aos membros das Forças Armadas e Polícias Civil e Militar[41]. Para a Corte, Estados *não podem* justificar o inadimplemento de suas obrigações internacionais invocando dispositivos internos. Logo, impõe-se aos Estados a obrigação de prevenir, investigar, identificar e sancionar os autores das violações de direitos humanos.

Conforme consta da sentença da Corte:

> Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistia expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Peru en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado[42].

Já no *Caso Barrios Alto*, a Corte IDH reiterou seu entendimento de que as leis de anistia violam a *proteção internacional dos direitos humanos*. De fato, em passagem extremamente clara, a Corte IDH afirmou que:

> son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[43].

---

[41] O governo Fujimori é o responsável pela aprovação dos Decretos-Leis n. 26.479 e 26.492 (leis de anistia).

[42] Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparações,* sentença de 27.11.1998, série C, n. 42, § 168.

[43] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14.3.2001, série C, n. 75, § 41.

Nesse último caso, a Corte IDH assinalou que as leis de anistia adotadas pelo Peru de Fujimori violaram o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (direito dos parentes das vítimas de serem ouvidos por um juiz – direito de acesso à justiça), o artigo 25 (direito ao devido processo legal) e finalmente o artigo 1.1 (obrigação de garantir os direitos humanos, por meio da punição aos autores das violações)[44]. Foi determinado ao Estado peruano, então, que simplesmente investigasse, processasse e punisse os responsáveis pelas violações, até então, "anistiados"[45].

Especificamente sobre o dever de investigar as violações, a Corte IDH destacou *a necessidade de o Estado reparar a dita violação através da identificação e punição dos responsáveis*[46]. Conforme defendi em livro anterior, "a repressão penal é hoje vista como importante elemento da proteção de direitos humanos. Coerentemente, a Corte estipulou, como objeto das reparações devidas pelo Estado-réu, o dever de investigar e punir os responsáveis pelo desaparecimento do senhor Velasquez"[47]. Logo, sustentei, então, que

> A Corte, nesse ponto, abraçou o entendimento majoritário na prática da responsabilidade internacional do Estado, que entende ter a reparação um conteúdo variável, podendo consistir tanto em uma restituição na íntegra, quanto em indenização ou mesmo em garantias de não repetição. A persecução criminal é evidente, garantia de não repetição das condutas reprovadas[48].

Esse posicionamento da Corte IDH tem-se repetido nos casos seguintes. Cite-se a recente decisão relativa ao *Caso Suarez Rosero*, na qual novamente a Corte estabeleceu o *dever do Estado equatoriano de investigar e punir* as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos mencionadas na sentença. De acordo com a Corte, "Como consecuencia de lo dicho, la Corte considera que el Ecuador debe

---

[44] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14.3.2001, série C, n. 75, §§ 42 e 44.

[45] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Barrios Altos*, sentença de 14.3.2001, série C, n. 75, §§ 4º e 5º do dispositivo da sentença.

[46] Para Cerna, "The Court, in its Judgement on the merits in Velásquez Rodriguez, concluded that the state's responsibility consists of 'a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation' [Cerna, Christina. The Inter-American Court of Human Rights. In: Janis, Mark W. (Ed.). *International courts for the twenty-first century.* Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 146]. A respeito do tema, ver Buergenthal, T.; Shelton, Dinah. *Protecting human rights in America:* cases and materials. Strasbourg: N. P. Engel Publisher, 1995.

[47] Ver Carvalho Ramos, André de. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 144.

[48] Idem, ibidem.

ordenar una investigación para identificar y, eventualmente, sancionar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia"[49]. No mesmo diapasão, a Corte Europeia de Direitos Humanos interpretou o direito a remédio judicial previsto no artigo 13 da Convenção para nele incluir a obrigação do Estado de investigar e punir. Cite-se, então, o *Caso X e Y contra Holanda*, no qual a legislação holandesa que previa o direito de queixa penal exclusivamente pela vítima. Como a vítima era incapaz, a persecução penal tornou-se impossível. A Corte considerou que a ação cível (como alegava o governo) *não* era um remédio adequado como reparação, após ofensa aos direitos humanos[50]. Sendo assim, a Corte condenou o Estado holandês, que reparou o dano ao modificar o seu Código Penal, possibilitando aos representantes legais de incapaz de representar penalmente contra o ofensor sexual da vítima[51]. Logo, em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma das consequências da violação de direitos humanos é a necessidade da investigação e persecução penal[52].

Por sua vez, espera-se que efetivamente o Estado cumpra seu dever procedimental e não apenas emita uma declaração vazia de que "iniciará as investigações". De fato, no caso dos meninos de rua da Guatemala, houve vários assassinatos e torturas de crianças, sem que os responsáveis fossem punidos, por causa da ausência de uma investigação séria por parte do aparato policial-judicial daquele Estado. Nesse sentido, a Corte IDH foi direto ao ponto e decidiu que:

> Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de

---

[49] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Suarez Rosero,* sentença de 12.11.1997, § 107, p. 31.

[50] Sustenta Roht-Arriaza (1995, p. 34) que *somente os dispositivos da lei criminal podem dar a prevenção efetiva.* No original do texto: "The protection afforded by the civil law was insufficient in the case of wrongdoing of the kind in question, which affected fundamental values: Only criminal law provisions could achieve effective deterrence and, indeed, these provisions normally regulated such matters. Therefore, there was no adequate means of obtaining a remedy. Thus, for serious criminal law violations, at least the possibility of prosecution may be a requirement under the European Convention; civil remedies may be insufficient" [Roht-Arriaza, Naomi. Sources in international treaties of and obligation to investigate and prosecute. In: Roht-Arriaza, Naomi (Org.). *Impunity and human rights in international law and practice.* New York; Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 34].

[51] De acordo com a Corte Europeia, em alguns casos a *prevenção só pode ser obtida por meio de dispositivos da lei penal.* Assim, segundo a Corte Europeia, "The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normaly regulated" (Corte Europeia de Direitos Humanos, *X & Y vs. Netherlands,* sentença de 26.3.1985, série A, n. 91, § 27).

[52] Assim, para Roht-Arriaza (1995, p. 32), em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a *persecução criminal é parte das obrigações que o Estado assume ao assinar a Convenção.* No original, "Thus, by implication, criminal prosecution is part of the obligations the state assumes by signing the Convention" [Roht-Arriaza, Naomi. Sources in international treaties of and obligation to investigate and prosecute. In: Roht-Arriaza, Naomi (Org.). *Impunity and human rights in international law and practice.* New York; Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 32].

> antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad[53].

Deve-se evitar, então, que o ônus da prova do envolvimento de agentes públicos seja da vítima, pois o Estado tem de possuir agentes independentes capazes de auxiliar na busca da verdade. Pelo contrário, deve ser estabelecido, sob pena da responsabilização internacional do Estado, um sistema interno eficiente de investigação, punição e indenização às vítimas. Há a necessidade de o Estado infrator investigar em boa-fé todas as alegações de violação de tratados internacionais de direitos humanos[54]. A perda de cargos públicos e a impossibilidade de reocupar tais funções também devem ser impostas, no intuito de impedir novas violações.

A obrigação de investigar e punir é uma obrigação de meio e não de resultado, conforme já reconheceu reiteradamente a Corte IDH. Assim, provado que o Estado, por meio de órgãos independentes, desempenhou a contento seu mister, mesmo com o fracasso das investigações, o Estado não será responsabilizado por isso[55].

Por isso, no *Caso Gilson Carvalho*, a Corte sustentou que compete aos tribunais do Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas. Não competiria a uma Corte de Direitos Humanos substituir a jurisdição interna e fixar "as modalidades específicas de investigação e julgamento num caso concreto para obter um resultado melhor ou mais eficaz, mas constatar se, nos passos efetivamente dados no âmbito interno, foram ou não violadas obrigações internacionais do Estado decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana"[56].

Por outro lado, esse dever de investigar e punir exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica). Na mesma linha, Kai Ambos defende que *a contemplação passiva por parte do Estado* das graves violações de direitos humanos representa a fratura do Direito e o

---

[53] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Villagrán Morales y Otros*, sentença de mérito de 19.11.1999, série C, n. 63, § 226.

[54] Sobre a responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, ver Carvalho Ramos, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

[55] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez*, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, § 188, p. 77.

[56] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gilson Nogueira de Carvalho e Outro,* sentença de 28.11.2006, série C, n. 161, § 80.

incentivo à justiça pelas próprias mãos[57]. Do ponto de vista do tratamento isonômico, a impunidade dos violadores de direitos humanos é nefasta, pois o afastamento da tutela penal só ocorre para os privilegiados, com acesso a algum filtro da impunidade. Com isso, cria-se um Estado dúbio, no qual a tutela penal ora é ativada, quando os autores são dos grupos marginalizados, ora é impedida, quando os autores são agentes públicos graduados ou membros da elite econômico-social do país.

Cumpre assinalar, todavia, que essa obrigação de investigar e processar os autores de violações de direitos humanos *não transforma* os tribunais internacionais de direitos humanos em autênticas Cortes criminais. Entretanto, a obrigação de punir, como consequência da garantia genérica de direitos humanos, é *questionada* por alguns críticos, pois afirmam que é distorcido o sistema de proteção de direitos humanos para *encobrir a falta* de uma *Corte Internacional Penal* na qual seriam julgados indíviduos. Logo, segundo essa visão, na ausência de tal Corte e de um tratado próprio instituindo os crimes, utilizam-se os atuais tratados de direitos humanos, *originalmente previstos para serem interpretados em favor do indivíduo e contra o Estado*, para justificar, *paradoxalmente*, a ação do Estado *contra* indivíduos[58].

De fato, apenas recentemente entrou em vigor o Estatuto de Roma, que cria, finalmente, o Tribunal Penal Internacional permanente. Contudo, a obrigatoriedade de o Estado investigar e punir os autores de violação *é obrigação secundária gerada a partir da obrigação internacional de garantir os direitos humano*s, não sendo objeto do processo de responsabilidade internacional do Estado a análise da responsabilidade subjetiva dos indivíduos autores do ilícito, nem sua função fixar as penas criminais correspondentes[59]. A crítica acima apontada não leva em consideração o papel de *desestímulo* dessa obrigação secundária – essencial para prevenir novas violações de direitos humanos –, o que está em *perfeita sintonia* com os objetivos dos tratados de direitos humanos.

A impunidade é verdadeiro *câncer* na proteção de direitos humanos e deve ser combatida por meio da investigação e punição criminal. Nas Américas, a Corte IDH adotou a chamada "Doutrina Velásquez-Rodriguez", que determina a obrigação de o Estado reprimir penalmente as violações de direitos humanos. Assim, a Corte

---

[57] Ambos, Kai. *Direito penal:* fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Tradução e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 23.

[58] Para tais críticos, em relação aos acusados das atrocidades contra os direitos humanos exige-se que o Estado use os tratados de direitos humanos contra aqueles. Como afirma Rescia, "no es competencia de un tribunal de derechos humanos condenar a personas... Ello nos leva a pensar en la necesidad de crear otros mecanismos sustantivos más idóneos de determinación de responsabilidad internacional individual, concretamente en la creación de una Corte Penal Internacional" (Rescia, Victor Manuel Rodrigues. *La ejecución de sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos.* San José: Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 32).

[59] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez,* sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, § 134, p. 51.

condena o Estado pela violação do direito à vida e *também* pela eventual impunidade dos autores das violações. Considera a Corte que tal impunidade serve como estímulo para novas violações, o que o Estado contratante da Convenção Americana de Direitos Humanos não poderia ter permitido. A Corte reafirmou seu entendimento de impunidade, que é a "falta em seu conjunto de investigação, persecução e condenação dos responsáveis pelas violações de direitos protegidos pela Convenção Americana"[60].

Há outra passagem importante de sentença da Corte IDH, na qual foi realçado que "o Estado tem a obrigação de combater tal situação [impunidade] por todos os meios legais disponíveis, já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total falta de defesa das vítimas e de seus familiares"[61]. Logo, a ação penal é *considerada um dever fundamental do Estado*, especialmente necessário para a prevenção de crimes contra os direitos humanos, na medida em que os violadores de direitos humanos não mais terão a certeza da impunidade[62].

Na Europa, a Corte Europeia de Direitos Humanos adotou a "Doutrina Jordan", oriunda do *Caso Jordan vs. Reino Unido*[63], que estipula os parâmetros pelos quais é possível aferir se um Estado cumpriu – ou não – tais obrigações procedimentais de investigar e punir os violadores do direito à vida.

Reunidos os posicionamentos dessas duas Cortes[64], chegamos ao presente roteiro. Os critérios são os seguintes:

*1) Independência dos investigadores.* A Corte Europeia de Direitos Humanos não exige somente "independência formal", ou seja, ausência de hierarquia ou outro tipo de subordinação, mas independência prática. A prática, usual nas Américas, de dependência do próprio órgão acusado de praticar a violência (policiais investigando

---

60 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparações,* sentença de 27.11.1998, série C, n. 42**,** § 170.

61 Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Paniagua Morales y Otros,* sentença de 8.3.1998, série C, n. 37, § 173.

62 Cite-se ainda, entre outros, o *Caso Blake,* no qual a Guatemala foi condenada a realizar investigações e punir os responsáveis pelo desaparecimento do senhor Blake. Segundo a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, "o Estado da Guatemala está obrigado a dispor de todos os meios a seu alcance para investigar os fatos denunciados e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento e morte do senhor Nicholas Chapman Blake" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Blake*, sentença de 24.1.1998, p. 41, tradução livre). Ver mais comentários sobre esse caso em Carvalho Ramos, André de. *Direitos humanos em juízo:* comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

63 *Caso Jordan vs. Reino Unido*, julgamento em 4.5.2001.

64 Foi utilizada aqui a exposição de Rey Martinez feita com casos da Corte Europeia de Direitos Humanos, acrescido dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos realizado pelo autor deste estudo. Ver em Rey Martinez, Fernando. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: García Roca, Javier; Santolaya, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos:* el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95.

outros policiais – em vários Estados, o Ministério Público sequer conta com equipe própria de investigação para tais crimes) não atende a este requisito.

*2) Efetividade na investigação.* A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos rechaçam a chamada "investigação aparente ou meramente formal", consubstanciada em informes governamentais à mídia de que "investigações serão realizadas". Deve o Estado realizar esforços reais e sérios para identificar o uso abusivo da força e punir os responsáveis. Não se exige que este resultado (identificação e punição) seja alcançado, pois não se trata de obrigação de resultado (*Caso Gilson Carvalho*, *Comissão vs. Brasil*[65]), mas sim obrigação de usar todos os meios para se chegar à verdade dos fatos.

*3) Investigação imediata.* A resposta estatal não pode ser tardia, após anos de luta dos representantes da vítima ou da sociedade civil. Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, uma resposta rápida do Estado é essencial para manter a confiança pública no respeito, pelos agentes públicos, ao direito à vida de todos.

*4) Ônus do Estado e não do indivíduo.* O Estado não pode quedar-se inerte, reclamando – da vítima ou de seus familiares – provas do envolvimento de agentes públicos. A investigação deve ser iniciada sem demora, em especial nos casos de tortura e desaparecimento forçado, no qual a clandestinidade da violência contra a pessoa exige esforço técnico especializado do Estado para descobrir seu paradeiro, se possível com vida. Este requisito é construção das Américas, consagrado na Doutrina Velásquez-Rodríguez, pois para a Corte IDH "nos processos sobre violações de direitos humanos, a defesa do Estado não pode descansar sobre a impossibilidade do demandante de alegar provas que, em muitos casos, não podem ser obtidas sem a cooperação do Estado. É o Estado quem tem o controle dos meios para clarificar fatos ocorridos dentro do seu território"[66].

*5) Proibição das leis de autoanistia.* Os Estados não podem abrir mão, por meio de leis de anistia, do dever de investigar, processar e punir, com a devida diligência, os autores das violações do direito à vida. A impunidade é importante fator de estímulo de novas violações.

---

[65] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gilson Nogueira de Carvalho e Outro,* sentença de 28.11.2006, série C, n. 161.

[66] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Velásquez Rodriguez* – Mérito, sentença de 29.7.1988, série C, n. 4, §§ 134, 135 e 136.

Estes critérios podem ser utilizados no **Caso 3**, como norte para averiguar se o Estado cumpriu ou não seu dever procedimental na investigação das violações do direito à vida.

A ausência de punição aos agressores gera, no mínimo, um dano moral à vítima ou a seus familiares[67]. Nesse diapasão, a Corte IDH já decidiu que *a ausência de investigação por parte das autoridades públicas gera um sentimento de insegurança, frustração e impotência, o que concretiza o dano moral*[68]. Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de direitos humanos está fadada a repeti-las.

Logo, a proteção do direito à vida engloba a existência de obrigação da identificação dos agentes responsáveis pela sua violação, da persecução criminal deles e do consequente afastamento da função pública que porventura exerçam. Essas obrigações buscam o combate à impunidade, com o consequente desestímulo a novas condutas atrozes.

Em resumo, é patente hoje *a necessidade de o Estado investigar em boa-fé todas as alegações de violação ilegítimas do direito à vida.*

## 5. Obrigações de garantir

O direito à proteção da vida abarca, inclusive, as condições materiais mínimas de existência de uma pessoa. De fato, a Corte IDH determinou que o direito à vida compreende não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não sejam geradas situações que impeçam ou dificultem o acesso a uma existência digna[69].

Fica consagrado, então, o novo conteúdo da proteção do direito à vida, sob a forma de prestações positivas do Estado *vinculadas às condições de vida.* O paradigma deste giro copernicano na proteção do direito à vida foi adotado no *Caso Niños de la Calle* (*Villagrán Morales y Otros*) da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que estabeleceu que cabe ao Estado, na promoção da vida, garantir "el acceso a las condiciones que garanticen una existencia digna".

---

[67] Ver Sperduti, Giuseppe. Responsibility of States for activities of private law persons. In: Benhardt, Rudolf (Org.). *Encyclopedia of Public International Law.* Amsterdam; New York: North Holland, v. 10, p. 374.

[68] Na sentença de reparação do caso de Nicholas Blake (jornalista norte-americano, vítima de desaparecimento forçado na Guatemala), a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que a omissão na investigação e punição acarreta dano moral. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Blake – Reparações,* sentença de 22.1.1999, série C, n. 48, § 57.

[69] No plano interamericano, ver os seguintes julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso de los "Niños de la Calle"* (*Villagrán Morales y Otros*), § 144; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, § 156; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, § 128; *Caso Myrna Mack Chang,* § 152.

Nesse caso, ficou consagrado que o direito à vida não possui somente uma faceta dita de "defesa", mas abarca também o dever de oferecer condições de vida digna. Assim, nasce, como realça o juiz Trindade em seu voto, o *direito à vida com dignidade*, que é, ao mesmo tempo, direito civil e político, mas também direito econômico e social. A Corte, então, não ficou restrita ao conceito de vida resumido à mera existência de vida física, mas exigiu respeito à dignidade humana. Esta visão abrangente do direito à vida é coerente com a chamada indivisibilidade dos direitos humanos, reconhecida na Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), que prega que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna.

No caso dos "meninos de rua", houve o reconhecimento de que havia risco à vida pelo estado de abandono social em que eles viviam. Os assassinatos completaram a perda da vida, mas os meninos já estavam em situação de risco social e a vida naquelas condições era degradante. Por isso, a Corte IDH exigiu da Guatemala medidas de proteção para a realização completa do direito à vida, em especial por meio de ações sociais e com a garantia do mínimo existencial. Em conclusão, a Corte reconheceu que a privação da vida não se dá somente por meio do homicídio, mas também pela negação do direito de viver com dignidade. Cabe ao Estado coibir o homicídio e *também* coibir a vida em condições degradantes[70]. Esta visão pode ser invocada no **Caso 4**.

Além disso, a proteção ao direito à vida ainda alcança o dever do Estado de restaurar o chamado "projeto de vida" de vítima de violação dos direitos humanos. Este conceito, revolucionário, visa obrigar o Estado a envidar todos os esforços para que as potencialidades da vida de uma pessoa não sejam conspurcadas pelas violações de direitos humanos. Assim, a reparação dos danos causados não seria restrita aos conceitos tradicionais do Direito Privado, que corresponderiam à lesão patrimonial derivada imediata e diretamente dos fatos (dano emergente) e ainda aos lucros cessantes, referentes à perda de ingressos econômicos futuros. Já o projeto de vida refere-se a toda *realização de um indivíduo, considerando, além dos futuros ingressos econômicos, todas as variáveis subjetivas, como vocação, aptidão, potencialidades e aspirações diversas, que permitem razoavelmente determinar as expectativas de alcançar o projeto em si* [71]. Assim, a promoção do direito à vida abarcaria também o seu

---

[70] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Villagrán Morales e Outros* (*Caso de los Niños de la Calle*, sentença de 19.11.1999, em especial no § 144.

[71] A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu este conceito de "projeto de vida" em sua sentença de reparação no *Caso Loayza Tamayo*. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparações,* sentença de 27.11.1998, série C, n. 42, §§ 144-154.

desenvolvimento normal. Violações de outros direitos interrompem o previsível desenvolvimento do indivíduo, mudando drasticamente o curso de sua vida, impondo muitas vezes circunstâncias adversas que impedem a concretização de planos que uma pessoa formula e almeja realizar. A vida de uma pessoa se vê alterada por fatores estranhos a sua vontade, que lhe são impostos de modo arbitrário, *muitas vezes violento e invariavelmente injusto*, com violação de seus direitos protegidos e quebrando a confiança que todos possuem no Estado (agora violador de direitos humanos), criado justamente para a busca do bem-comum de toda a sociedade. Por tudo isso, a Corte IDH considerou *perfeitamente admissível* a pretensão de uma vítima de que seja reparada, por todos os meios possíveis, pela perda de opções de vida ocorrida devido ao fato internacionalmente ilícito[72]. Os meios necessários à efetivação da reparação ao projeto de vida serão insuficientes, é claro, em vários casos impedindo que o indivíduo retome todas as suas potencialidades e opções de vida. O importante, ao nosso ver, é a consolidação do conceito de "projeto de vida", que deve servir de baliza para todos os operadores do Direito no momento da determinação do conteúdo da reparação, em especial da restituição na íntegra, ampliando *qualitativamente* o conceito tanto do dano emergente, quanto dos lucros cessantes. Desse modo, a reparação aproxima-se do ideal de justiça, que vem a ser a eliminação de todos os efeitos deletérios da violação dos direitos de um indivíduo[73].

Por sua vez, a proteção à vida das pessoas em situação de vulnerabilidade mereceu destaque nos órgãos internacionais de direitos humanos, em especial das pessoas enfermas ou portadoras de deficiência. Os casos de maus-tratos em hospitais e clínicas exigem que o Estado adote medidas de promoção da vida digna de pessoas que, submetidas a tratamentos diversos, têm violada sua autonomia de tomar decisões sobre seu destino e têm sua vida colocada em risco. No plano americano, o caso emblemático foi o *Caso Damião Ximenes* (*Comissão vs. Brasil*), no qual o senhor Ximenes, pessoa com doença mental, foi assassinado em clínica de repouso na cidade de Guararapes. A Corte IDH decidiu que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos. Pelo contrário, é essencial que implementem "medidas positivas", adotadas em função das necessidades particulares de proteção do indivíduo. O dever de cuidar implica reconhecer que o Estado deve, com as pessoas que necessitam de

---

[72] Nos termos da Corte, "De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum". Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Loayza Tamayo – Reparações,* sentença de 27.11.1998, série C, n. 42, § 151.

[73] Ver mais sobre o "projeto de vida" em Carvalho Ramos, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004, em especial p. 257-259.

atenção médica, possuir um zelo que evite o amesquinhamento de suas condições de vida. No caso de ser o tratamento assumido por entes privados, há o dever do Estado de regular e fiscalizar tais entes, impedindo situações aviltantes, como as retratadas como corriqueiras na citada clínica de repouso. A Corte aproveitou a oportunidade para dar mostras de sua visão sobre os direitos específicos das pessoas com deficiência, em especial aquelas com doenças mentais. Assim, a Corte enfatizou que a doença mental não pode servir para que seja negada a autodeterminação da pessoa e há de ser reconhecida a presunção de que essas pessoas são capazes de expressar sua vontade, que deve ser respeitada pelos médicos e pelas autoridades. Por seu turno, uma vez que seja comprovada a impossibilidade da pessoa para consentir, caberá aos seus familiares, representantes legais ou à autoridade pública decidir sobre o tratamento adequado. A Corte, citando precedentes anteriores, reiterou seu entendimento sobre os deveres amplos do Brasil para a proteção do direito à vida. Não basta, então, não violar de modo ilegítimo o direito à vida em razão da ação ou omissão de seus agentes públicos, mas também deve adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida[74].

A proteção à vida abarca também o direito à verdade sobre os fatos que marcaram o fim da vida de uma pessoa. Nos diversos casos submetidos às cortes internacionais de Direitos Humanos sobressaem as violações clandestinas do direito à vida, em especial no caso dos desaparecimentos forçados ou fruto da ação dos "esquadrões da morte". Muitas vezes é negado aos familiares da vítima o direito à verdade sobre os fatos, restando sempre em aberto o destino dos envolvidos[75]. No plano americano, o caso célebre sobre o direito à verdade é o *Caso Bámaca Velásquez*, no qual a Corte IDH estabeleceu que "el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos"[76].

Ultimamente, a proteção à vida desdobra-se para abarcar os chamados riscos ambientais, que afetam o direito à vida digna, consagrando o *direito à vida sustentável.* Utilizando o mesmo raciocínio aplicado na exigência de uma vida em condições dignas, fica claro que a vida do ser humano exige o respeito a um meio ambiente

---

[74] Esta análise consta de Carvalho Ramos, André de. Análise crítica dos casos brasileiros Damião Ximenes Lopes e Gilson Nogueira de Carvalho na Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *II Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Cedin, 2007, p. 10-31.

[75] No cinema, há interessante filme *(The Vanishing*, 1988, refilmagem em 1993, Diretor: George Sluitzer) sobre a angústia de um jovem, cuja namorada desaparecera subitamente em uma parada de automóveis. Para descobrir a verdade sobre o destino da moça, o jovem arrisca tudo, inclusive a própria vida.

[76] Voto concorrente do juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, sentença do *Caso Bámaca Velásquez,* Corte Interamericana de Direitos Humanos, série C, n. 70, novembro de 2000.

protegido e equilibrado. Viver em um mundo poluído, desequilibrado abrevia a vida humana e ainda põe em risco o planeta e o futuro da espécie. Com isso, houve a lenta aceitação da proteção ambiental como parte integrante do direito à vida, até porque vários dos tratados internacionais de direitos humanos foram redigidos antes do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio e sustentável, o que exigiu que os intérpretes buscassem apoio à proteção do meio ambiente em direitos tradicionalmente protegidos.

Os melhores exemplos de proteção à vida sustentável encontram-se na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, que analisou a vinculação entre o direito à vida e os riscos ambientais no *Caso Oneryldiz vs. Turquia*[77]. Neste caso, nove membros de uma família morreram após um deslizamento de terras, fruto das chuvas, erosão do solo e ocupação irregular de encostas. A Corte Europeia decidiu que o Estado havia violado seus deveres de proteção à vida, uma vez que não havia realizado obras ambientais preventivas nem alertado dos riscos de deslizamentos ou retirado os moradores irregulares.

## II. A pena de morte

A pena de morte caminha para seu completo banimento no globo. De acordo com a Organização das Nações Unidas, há poucos países que preveem a pena capital para crimes comuns em situação regular. Há alguns Estados, como o Brasil, que a admitem em caso de guerra declarada, mas essa excepcionalidade reafirma a proibição da pena de morte em geral. Mesmo para crimes bárbaros, a pena de morte não é prevista nos últimos tratados internacionais penais, como se vê no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), cuja pena máxima é a de prisão perpétua. Essa tendência é fruto dos inegáveis malefícios da pena de morte, uma vez que não admite a reparação do erro judiciário, como é óbvio, além de outras mazelas, como a assunção da impossibilidade de ressocialização, a banalização da vida em um "assassinato oficial", entre outras.

Há três fases da regulação jurídica internacional da pena de morte. A *primeira fase* é a da *convivência tutelada,* na qual a pena de morte era tolerada, porém com estrito regramento. De fato, a proteção de direitos humanos conviveu, por muitas décadas, com a imposição ordinária da pena de morte em vários países e, em especial,

---

[77] *Caso Oneryldiz vs. Turquia*, julgamento em 18.6.2002. Ver mais sobre este caso em Rey Martinez, Fernando. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: García Roca, Javier; Santolaya, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos:* el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95.

em alguns considerados berços de parte da tradição liberal de proteção a direitos do indivíduo, como a Inglaterra e os Estados Unidos. A inegável influência desses países não permitiu que fosse incluída nos textos iniciais de proteção internacional dos direitos humanos a completa proibição de tal pena. Apesar disso, a proteção à vida exigiu, ao menos, que constasse dos textos dos primeiros tratados de direitos humanos explícita regulação *restritiva* da pena de morte. O artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos possui cinco parágrafos que tratam exclusivamente da restrição à imposição da pena de morte. No mesmo sentido, devem ser mencionadas as Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, que também possuem regulação impondo limites ao uso da pena capital pelos Estados.

Esses limites são os seguintes:

*1) Natureza do crime.* Só crimes graves e comuns podem prever pena de morte, impedindo-se sua banalização e aplicação a crimes políticos ou comuns conexos a delitos políticos.

*2) Vedação da ampliação.* Os países contratantes não podem ampliar a aplicação da pena a outros delitos após a ratificação desses tratados.

*3) Devido processo legal penal*. Exige-se rigoroso crivo judiciário para sua aplicação, devendo o Estado prever o direito à solicitação de anistia, indulto ou comutação da pena, vedando-se a aplicação da pena enquanto pendente recurso ou solicitação de indulto, anistia ou comutação da pena.

*4) Vedações circunstanciais*. As citadas normas vedam a aplicação da pena de morte a pessoas que, no momento da comissão do delito, tiverem menos de dezoito anos de idade ou mais de setenta ou, ainda, às mulheres grávidas.

A *segunda fase* do regramento internacional da pena de morte é a do *banimento com exceções.* De fato, o segundo passo rumo à proteção da vida foi impor o banimento em definitivo de tal pena, com exceções relacionadas a crimes militares (distantes, então, do cotidiano). O Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é reflexo dessa segunda fase, pois vedou a pena de morte estabelecendo em seu artigo 1º que "1. Nenhum indivíduo sujeito à jurisdição de um Estado-Parte no presente Protocolo será executado. 2. Os Estados-Partes devem tomar as medidas adequadas para abolir a pena de morte no âmbito da sua jurisdição". Porém, o artigo 2º desse Protocolo admite que o Estado faça reserva, formulada no momento da ratificação ou adesão, prevendo a aplicação da pena de morte em tempo de guerra em razão de condenação por infração penal de natureza militar de gravidade

extrema cometida em tempo de guerra[78]. No plano americano, cite-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativo à Abolição da Pena de Morte, adotado em 1990, que também permite, excepcionalmente, a aplicação da pena de morte caso o Estado, no momento da ratificação ou adesão, declare que se reserva o direito de aplicá-la em tempo de guerra, por delitos sumamente graves de caráter militar.

A *terceira* – e tão esperada – *fase* no regramento jurídico da pena de morte no plano internacional é a do *banimento em qualquer circunstância.* De fato, o banimento – sem qualquer exceção – da pena de morte, abarcando os crimes militares inclusive, foi obtido no plano europeu após a entrada em vigor do Protocolo n. 13 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esse protocolo veda sumariamente a imposição da pena de morte, sem exceções e sem permitir qualquer reserva ao seu texto[79]. O Conselho da Europa, organização internacional que gere a prática da Convenção Europeia de Direitos Humanos, instituiu o dia 10 de outubro como o "Dia Europeu contra a Pena de Morte". No plano europeu, há ainda os esforços da União Europeia, cuja Carta de Direitos Fundamentais estabelece, em seu artigo 2º, que "todas as pessoas têm direito à vida. 2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado", vedando a pena de morte em qualquer circunstância.

No atual momento, as organizações não governamentais de direitos humanos assinalam que 25 países utilizaram a pena de morte nos últimos anos. Em 2007, a Anistia Internacional apontou que aproximadamente 3.350 prisioneiros estavam condenados à morte, sendo que as execuções estão concentradas (90%) nos seguintes Estados: China, Estados Unidos, Irã, Iraque, Paquistão e Sudão. Nas Américas, desde 1990, houve progressos, e Canadá, México e Paraguai aboliram a pena de morte em situações ordinárias[80].

Apesar da não adesão de países como China e Estados Unidos, vê-se que há crescente zelo internacional na forma de aplicação da pena de morte nos derradeiros Estados que a aplicam. Há repúdio, por exemplo, quanto ao excessivo prazo para que a pena de morte seja aplicada, quanto ao devido processo legal e quanto à exigência de sua imposição.

No tocante à delonga na execução da pena capital, vê-se que os condenados nos Estados Unidos passam anos a fio no chamado "corredor da morte". Esta espera

---

[78] Este protocolo entrou em vigor em 11.7.1991.

[79] Este protocolo entrou em vigor em 1º .7.2003.

[80] Ver as estatísticas da Anistia Internacional sobre a pena de morte em <http://www.amnistia-internacional.pt/dmdocuments/FF_PM_07.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2009.

foi considerada, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, verdadeiro tratamento desumano, o que impede a extradição para os Estados Unidos (sem que este país prometa comutar a pena) de foragidos detidos nos países europeus, constrangendo todo o sistema de justiça estadunidense. O caso célebre dessa proibição de extradição para os Estados Unidos daqueles que poderiam ser submetidos ao "fenômeno do corredor da morte" foi o *Caso Söering*[81], no qual o Reino Unido foi proibido de extraditar o senhor Söering (assassino fugitivo dos Estados Unidos, que fora preso na Inglaterra), sem que houvesse promessa de comutar sua pena capital.

No tocante ao devido processo legal em casos de estrangeiros submetidos à pena capital, há vários questionamentos sobre a ausência da notificação do direito à assistência consular aos estrangeiros presos submetidos à pena de morte. Os Estados Unidos foram seguidamente processados e condenados na Corte Internacional de Justiça, por não cumprir o básico comando do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, que prevê justamente o direito do estrangeiro detido de ser informado do seu direito à assistência do Consulado de seu país. Tal auxílio consular é essencial, pois sua defesa pode ser prejudicada pelas diferenças de idioma e mesmo jurídicas. Para a Corte Internacional de Justiça, ofende o devido processo legal penal, impedindo a aplicação da pena de morte, a ausência de notificação do direito à assistência consular[82]. No mesmo sentido, manifestou-se a Corte IDH em sua Opinião Consultiva n. 16/2003. Neste feito, o México solicitou opinião consultiva da Corte IDH sobre eventual impacto jurídico do descumprimento da notificação do direito à assistência consular. Como na solicitação da Opinião Consultiva o México havia feito menção a vários casos de mexicanos condenados à *pena de morte* nos Estados Unidos sem a observância do citado direito à informação sobre a assistência consular, a Corte determinou que, nesses casos, há ainda a violação do artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica, que se refere ao direito de não ser privado da vida de modo arbitrário[83].

---

[81] *Söering vs. Reino Unido*, julgamento de 7.7.1989, série A, 161. Ver mais em Lawson, R. A.; Schermers, H.G. *Leading Cases of the European Court of Human Rights*. 2. ed. Leiden: Ars Aequi Libri, 1999, p. 306-328.

[82] Há vários casos referentes ao direito à assistência consular e à pena capital envolvendo os Estados Unidos na Corte Internacional de Justiça. Nos *Casos Breard e LaGrand,* Paraguai e Alemanha, respectivamente, processaram os Estados Unidos que, reiteradamente, não notificavam os estrangeiros lá detidos do direito à assistência consultar. Ver *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations* (*Paraguay vs. United States of America*, Request for the indication of provisional measures, Order, 9 April 1998, *ICJ Reports* (1998), e ainda o *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Germany vs. United States of America),* Order of 3 March 1999, *ICJ Reports* (1999). Ver também o *Caso Avena and Other Mexican Nationals* (*Mexico vs. United States of America*) na Corte Internacional de Justiça.

[83] Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva sobre o direito à informação sobre a assistência consular em relação às garantias do devido processo legal, OC n. 16/99, de 1ª.10. 1999, série A, n. 16.

Por fim, há o repúdio à aplicação obrigatória da pena de morte sem individualização penal e possibilidade de indulto, graça ou anistia. No *Caso Hilaire*, a Corte IDH condenou Trinidad e Tobago, cuja legislação interna previa a pena de morte para todo caso de homicídio doloso. No caso, a lei de 1925 impedia o juiz de considerar circunstâncias específicas do caso na determinação do grau de culpabilidade e individualização da pena (condições pessoais do réu, por exemplo), pois deveria impor a mesma sanção para condutas diversas[84].

## III. Perspectivas

Pelo que foi exposto, a proteção à vida exige abstenção e ação decisiva do Estado para assegurar o direito à vida digna. Por outro lado, a sociedade atual reclama também atenção para os dilemas, ainda em aberto, da proteção jurídica da vida. Em primeiro lugar, há o debate sobre a disponibilidade da vida e a (des)consideração da vontade do titular sobre o seu término. A eutanásia e o suicídio assistido são hoje discussões prementes de uma sociedade que cada vez mais prolonga a vida. Por sua vez, em vários Estados resta inconcluso o tema da ponderação entre o direito à vida do feto e o direito da mulher de dispor do próprio corpo. As diversas soluções possíveis, que vão desde a criminalização quase que sem exceção do aborto, passando pelo critério temporal para a sua licitude (alguns meses de gestação, em geral três, quando se considera que não há viabilidade fora do útero), mostram a dificuldade de se fixarem deveres universais de proteção ao Estado.

Além disso, o desenvolvimento da ciência abre novas questões envolvendo o direito à vida, em especial quanto à manipulação de embriões congelados, escolha de características e padrões genéticos.

Tais perspectivas mostram a complexidade dos debates sobre a vida no futuro. A proteção internacional do direito à vida deve aproveitar a riqueza das experimentações nacionais, para aprofundar os argumentos e contrastá-los com maior rigor e precisão[85].

---

[84] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin et al. vs. Trinidad e Tobago*, sentença de 21.6.2002, série C, n. 94. Ver mais em Maués, Antonio Gomes Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Costa, Paulo Sérgio W. L. (Org.). *Direitos humanos em concreto.* Curitiba: Juruá, 2008, p. 45-68, em especial p. 59.

[85] Rey Martinez, Fernando. La protección jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión. In: García Roca, Javier; Santolaya, Pablo (Coord.). *La Europa de los derechos:* el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 67-95, em especial, p. 93.

# Capítulo 8: Direitos econômicos, sociais e culturais

No sistema internacional de direitos humanos, alguns dos pactos e convenções existentes dedicam-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, entre eles destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais aprovado pela Organização das Nações Unidas na XXI Sessão da Assembleia Geral, em 19 de dezembro de 1966, e, no âmbito interamericano, o Protocolo de São Salvador, datado de 17 de novembro de 1998, que aditou rol de direitos sociais, econômicos e culturais à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica.

Como direitos não são meras declarações de princípios, ainda que os direitos sociais possam ter fases diversas de implementação, se falamos em direitos, entendemos que o seu descumprimento ou sua implementação de forma inadequada ou insuficiente (quando existentes linhas diretrizes gerais de atuação pelos responsáveis diretos ou indiretos por sua garantia) poderão gerar possibilidades de acesso ao Judiciário para o deslinde do conflito.

Nesta parte do *Manual,* apresentaremos alguns dos fundamentos teóricos da possibilidade da exigência de direitos sociais por meio de ações judiciais, pois o objetivo aqui é justamente partir da realidade concreta, na qual os direitos sociais são exigidos porque já explicitados no ordenamento jurídico internacional, constitucional e legal de vários países.

Assim, será traçado um panorama que conduz aos instrumentos que permitem a judicialização de demandas sobre direitos sociais, quer em cortes nacionais quer em cortes internacionais, e explicitam quais têm sido as conquistas e obstáculos no sistema de justiça brasileiro, fazendo essa demonstração com exemplos e decisões de casos práticos, especialmente quanto ao direito à saúde.

## §17 A justiciabilidade e a imposição dos direitos econômicos, sociais e culturais

**Sumário:**


I. Introdução
II. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
   1. Conteúdo principal
   2. Incorporação na ordem constitucional e legal brasileira
III. A judicialização dos direitos sociais como desdobramento do Estado democrático
   1. Direito à igualdade e direitos sociais
   2. As fronteiras da política e do sistema de justiça
   3. A atuação do Poder Judiciário como intérprete dos instrumentos internacionais e da Constituição
IV. Constituição e direitos sociais, econômicos e culturais
V. Um exemplo de judicialização interna do direito à saúde

**Bibliografia:** Abramovich, Victor; Courtis, Cristian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trota, 2002; Arango, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. [Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n. 33]; Bobbio, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus; Bobbio, Norberto. *Igualdade e liberdade.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro; Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil, alguns caminhos e possibilidades.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; Lopes, José Reinaldo de Lima Lopes. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo, n. 42, fev. 2000; Piovesan, Flávia; Ikawa, Daniela (Coord.). *Direitos humanos, fundamento, proteção e implementação:* perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2.

## I. Introdução

É preciso destacar que o Brasil, somente após o fim da Ditadura Militar (1964/1984)[1], aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aprovada pelo Decreto Presidencial n. 678, em 6 de novembro de 1992[2] (e ao pacto adicional pelo Decreto Presidencial n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999). Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) teve o seu texto aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. Tendo a Carta de Adesão sido depositada em 24 de janeiro de 1992, o pacto entrou em vigor em nosso País nesta data e o Decreto Presidencial n. 591, em 6 de julho de 1992.

Assim sendo, a Constituição brasileira de 1988 (anterior, portanto, à adesão do Brasil ao Pidesc e ao Pacto de São José da Costa Rica), produto e símbolo da redemocratização, já trazia em seu texto grande rol de direitos não só civis e políticos, mas também sociais, que eram objeto de reivindicação dos movimentos populares atuantes na época e que também já constavam de vários instrumentos internacionais.

É importante também ressalvar que a Constituição de 1988 sofreu forte influência das Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, que também foram constituições que consolidaram processos de redemocratização nesses países, após longos períodos de regimes ditatoriais e, portanto, são posteriores aos vários pactos internacionais pós 2ª Guerra Mundial relativos a direitos civis, sociais, econômicos e culturais, razão pela qual incorporaram nos seus textos grande parte do

[1] 1984 foi o ano da eleição, ainda por colégio eleitoral, do primeiro presidente civil após o golpe militar de 1964. Somente em 1989 aconteceram eleições diretas para presidente.

[2] Inicialmente o Brasil aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos sem aderir à jurisdição da Corte Interamericana, só o fazendo em 10.12.1998.

rol de tais direitos como direitos fundamentais, não se aplicando essa denominação, ao menos no contexto brasileiro, tão-somente aos direitos civis e políticos.

Neste capítulo, deixa-se claro que o texto parte de certas premissas*:*

1) o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos desde 1992, posteriormente, portanto, à sua Constituição Federal de 1988, que já incorporava o vasto rol de direitos assegurados naqueles e em outros pactos internacionais;

2) a defesa dos direitos sociais no Brasil tem como fundamento não somente o PIDESC e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mas a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais que se seguiram àquela e que são os chamados marcos legais de vários desses direitos;

3) os direitos sociais no Brasil são direitos estabelecidos na Constituição Federal, exigíveis da administração ou daqueles incumbidos de prestá-los (e nesta hipótese a administração terá sempre um papel regulador e fiscalizador);

4) os direitos sociais podem ser exigidos judicialmente e essa exigência pode se dar de forma individual ou coletiva, por intermédio dos agentes que a Constituição e as leis incumbiram de defender grupos e a coletividade, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, as associações civis e os sindicatos;

5) essa exigência por meio do Judiciário é uma forma adequada e possível de atuar no âmbito de qualquer Estado Democrático de Direito, sem que isso implique uma interferência do Judiciário na discricionariedade do Executivo ou na competência do Legislativo para formular leis[3].

[3] É importante salientar que este não é um debate exclusivamente brasileiro, mas está presente em diversos países, quer naqueles em que o acesso a esses direitos pelas camadas mais desfavorecidas da sociedade pode ser mais difícil, como se pode ver em autores como os colombianos Rodolfo Arango (*Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colômbia, 2004) e Rodrigo Uprimny (A judicialização da política na Colômbia: caso, potencialidades e riscos. *Revista Sur*, n. 6, ano 4, 2007. disponível em <www.surjournal.org>) e os argentinos Victor Abramovich e Christian Courtis (*Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: Ediciones GPS, 2006), quer naqueles em que se discute como serão alocados os recursos, como se vê no texto do autor inglês Jeff A. King (The Justicialbility of resource allocation, *The Modern Law Review Limited*, 2007, 70 (2)MLR 197-224). Para um panorama mundial de casos de litigação de direitos econômicos, sociais e culturais, ver: *Litigation economic, social and cultural rights*: achievements, challenges and strategies. Genebre: Centre on Housing Rights & Evictions, 2003 <www.cohre.org/litigation>.

Estabelecidas essas premissas, é importante explicitar que a judicialização[4] de demandas sobre direitos sociais traz debates acerca de temas como a escassez dos recursos para implementação de direitos sociais, a possibilidade da efetiva implementação de políticas públicas estabelecidas pelo campo político (Executivo e Legislativo) por decisões do Judiciário e ainda, se formos pensar em judicialização perante cortes internacionais, o conjunto de medidas de acompanhamento e sanções para impor o efetivo cumprimento de tais decisões no âmbito interno dos países.

## II. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não estabelece uma definição para direitos sociais, econômicos e culturais, mas explicita alguns desses direitos e também estabelece que os Estados-Partes obrigam-se a implementar tais direitos em seus territórios, que deverão gozar da mesma importância dos direitos civis e políticos.

Uma das cláusulas fundamentais do Pidesc é aquela prevista em seu artigo 2º, § 2º, que afirma que na implementação do pacto não pode haver discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação[5].

E há, ainda, a clara preocupação com os direitos dos imigrantes, pois o § 3º do mesmo artigo 2º estabelece que os países[6] poderiam determinar em que medida garantiriam os direitos econômicos reconhecidos no referido pacto.

Na atualidade, passados mais de quarenta anos da elaboração do Pidesc, em um mundo onde a circulação de pessoas entre vários países para o exercício do trabalho, sem que, necessariamente, venha-se a adquirir nova nacionalidade, os direitos dos imigrantes passam a ser da maior relevância.

---

[4] E aqui falamos de judicialização, porque os direitos sociais já são objeto de intensa demanda judicial e não somente de justiciabilidade, que traduz uma potencialidade/possibilidade de judicialização.

[5] É importante destacar que as ações para a implementação do Pidesc comportam ações afirmativas que não constituem violação à isonomia formal afirmada no dispositivo citado, até mesmo porque pactos internacionais posteriores mencionam as ações afirmativas, como, por exemplo, a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, no item 4 da Parte I (1968); por outro lado, no conteúdo da expressão ou de qualquer outra natureza, está incluída também a inadmissão de qualquer discriminação por orientação sexual.

[6] O dispositivo citado condiciona essa opção aos chamados "países em desenvolvimento", hoje chamados países emergentes, o que implica dizer que os países reconhecidos como desenvolvidos, signatários do pacto, teriam de necessariamente incluir os não nacionais no rol daqueles beneficiados pelo reconhecimento dos direitos sociais, culturais e econômicos.

E isso acontece tanto nos casos de imigração de pessoas nacionais de países do hemisfério sul para o hemisfério norte como de imigrantes entre os mesmos hemisférios, ou seja, bolivianos no Brasil, paraguaios na Argentina, brasileiros nos EUA e na Europa, romenos na Itália[7]; todos devem ser abrigados com direitos básicos, quer no âmbito do reconhecimento de direitos civis e políticos, quer naquele dos direitos sociais.

É preciso ressaltar também que, se em 1966 havia quase um antagonismo entre pacto de direitos civis e políticos e pacto de direitos sociais, econômicos e culturais[8], atualmente, muitas vezes, é necessário incorporar grupos de pessoas ao campo do reconhecimento de rol de direitos denominados como civis e políticos, como integrantes de grupos eventualmente excluídos, como aqueles discriminados por sua orientação sexual ou imigrantes não legalizados e mesmo quando legalizados ou até quando nascidos em um país não têm cidadania plena em razão das diretrizes de opção de obtenção de nacionalidade daquele país[9], para que esses grupos possam ter acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais.

## 1. Conteúdo principal

O Pidesc enumera diretrizes gerais para aplicação do plano e rol de direitos sociais, culturais e econômicos, que podemos agrupar nas seguintes categorias:

---

[7] Para não falar da discriminação generalizada que os europeus de origem cigana sofrem em seus próprios países de origem e em quase todos os países europeus. Sobre proteção de minorias étnicas e direitos humanos, ver Juliana Santilli, As minorias étnicas e nacionais e os sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção dos direitos humanos (in: Piovesan, Flávia; Ikawa, Daniela (Coord.). *Direitos humanos*: fundamento, proteção e implementação, perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2, p. 326-346.

[8] Não se pode esquecer que o mundo vivia o período da chamada Guerra Fria, com países em torno da Europa, dita Ocidental, e dos EUA, e outros em torno da URSS e da China e de países da Europa, dita Oriental. No continente africano, vários países estavam em processo ou consolidação de descolonização, e na América Latina, inclusive o Brasil, vivia-se período repleto de ditaduras militares. Os tempos eram, portanto, de dissensos e antagonismos.

[9] E esta é a situação de muitas pessoas nascidas em países europeus, que não reconhecem a 2ª e até mesmo a 3ª geração de descendentes de imigrantes estrangeiros como nacionais, por adotarem o princípio do "direito de sangue" e não o do "direito do solo" para aquisição de nacionalidade, o que leva à seguinte situação: filhos e netos de nacionais europeus imigrados há mais de 100 anos para países como EUA, Brasil e Argentina, entre outros, podem ter a nacionalidade do país europeu reconhecida e os antigos imigrantes podem votar nas eleições de seus países de origem. Por outro lado, filhos e netos de imigrantes em países europeus, que não foram integrantes de antigos impérios coloniais (o que em alguns casos ajuda a garantir nacionalidade ou reconhecimento de parte dos direitos civis e políticos), que estudam, trabalham e pagam seus impostos, muitas vezes não têm direito a votar, a ter a nacionalidade do país em que nasceram e podem mesmo ser deportados para os ditos "países de origem" se cometerem crimes. Essa situação, em muitos casos, pode levar ao sentimento de desenraizamento e não pertencimento, do repúdio aos valores republicanos da igualdade na diversidade e à procura e valorização de uma cultura dita original, objeto, muitas vezes, de interpretação fundamentalista e excludente daquela do seu entorno, ou seja, do país em que vive.

- direito à autodeterminação
- igualdade entre homens e mulheres
- direito ao trabalho, descanso e lazer
- direito à greve e organização social e sindical
- direito à seguridade social (previdência e assistência social)
- direito à proteção da família, da maternidade, das crianças e adolescentes e dos jovens
- direito a viver com dignidade (alimentação e moradia)
- direito à saúde
- direito à educação
- direito à cultura.

É importante afirmar que os signatários do Pidesc devem apresentar relatórios que são avaliados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU para verificação geral do grau de implementação do pacto, da existência de legislação e políticas públicas específicas para a implementação. Organizações não governamentais do país elaboram também informes em que as políticas públicas existentes são analisadas agora pelo olhar daqueles que militam e atuam a favor do pacto, bem como daqueles que são usuários dos serviços públicos oferecidos. Ao final, o referido Comitê emite recomendações para o país avaliado[10].

## 2. Incorporação na ordem constitucional e legal brasileira

No caso brasileiro, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 já incorporara inúmeros dispositivos e direitos arrolados no Pidesc antes mesmo da ratificação pelo Brasil, que, como já vimos, aconteceu em 1992, e que essa mesma Constituição estabelece mecanismos de acesso ao Judiciário e que existem na legislação nacional instrumentos processuais para defesa de tais direitos quer individualmente, quer coletivamente, a judicialização dos direitos sociais no Brasil encontra-se amplamente incorporada no panorama do sistema de justiça nacional.

Assim, nos próximos itens faremos uma análise das possibilidades de judicialização e explicitaremos com o direito à saúde, como acontece esse acionamento do Poder Judiciário para aferição da adequada implementação de um direito social.

[10] No Brasil, a implementação do Pidesc é de responsabilidade da Secretaria Nacional de Direitos Humanos. Delegação brasileira respondeu, em maio de 2009, em Genebra, a questionamentos do Comitê para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

## III. A judicialização dos direitos sociais como desdobramento do Estado Democrático de Direito

### 1. Direito à igualdade e direitos sociais

É importante destacar que para compreender os direitos sociais como exigíveis e não somente como mera declaração de direitos é necessário considerar a existência do direito à igualdade, que pode realizar-se tanto no âmbito dos direitos individuais, como desdobramento do reconhecimento de que todos têm os mesmos direitos ao acesso aos bens e serviços considerados essenciais (todos são sujeitos de direitos), e que este direito à igualdade poderá ser interpretado também como fundamento para a redistribuição dos chamados direitos sociais, como a saúde e a educação (que em face das desigualdades sociais podem estar distribuídos de forma não equânime), teremos que explorar a possibilidade da existência de uma garantia de exigência de tais direitos perante o Judiciário, quando da sua violação[11].

Evidentemente, quando se afirma a judicialização do direito à igualdade, isto significa que tal cláusula constitucional será interpretada como um verdadeiro princípio basilar da própria ordem constitucional na judicialização de demandas pela implementação de direitos que exigem uma atuação direta do Estado quer no campo da implementação direta, quer naquele da regulação.

É sabido que alguns direitos, em especial os direitos sociais, exigem intervenções estatais para a sua realização, ou pelo menos que o Estado atue como órgão regulador ou fiscalizador da implementação desses direitos quando a ordem constitucional afirma que determinada atividade pode ser exercida pela iniciativa privada.

Todavia, o que se pretende aqui é demonstrar que o direito à igualdade no âmbito daquela que se constrói pela lei, ou seja, aquele que visa não somente a recomposição de um *status quo* anterior que tem de ser restaurado, também pode ser objeto de demanda judicial.

Note-se que aqui estaremos diante das fronteiras entre o que é campo da Política e o que pode ser objeto do Sistema de Justiça.

---

[11] Como desdobramento do direito fundamental de acesso ao Judiciário previsto no artigo 5º, inciso XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*Especialmente sobre o tema ver: Marinoni, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <www.mundojurídico.adv.br>. Acesso em: 26 abr. 2004.

## 2. As fronteiras da política e do sistema de justiça

Inicialmente é necessário compreender qual seria o campo da política e qual seria o campo do jurídico no que concerne à realização da distribuição da justiça, pois é disso que estamos tratando. Uma vez que estamos falando na possibilidade de judicializar uma demanda que envolve o direito à igualdade, estamos tratando de quem poderá dizer o conteúdo dessa igualdade e quem será o sujeito passivo de tal demanda.

José Reinaldo de Lima Lopes nos lembra que as fronteiras entre o jurídico e o político remontam ao início do próprio Estado moderno e foram se aprofundando na esteira do caminho da história da afirmação do princípio da separação de poderes, em especial durante o século XIX, quando a função jurisdicional consolidou-se como aquela que trataria das questões atinentes aos contratos, ou seja, aquelas que regem as relações privadas, os bens privados, por sua vez as relações atinentes à disponibilidade os bens considerados públicos passaram para a esfera da política[12].

Demais disso, as constituições modernas trouxeram para o rol de direitos fundamentais parte dos direitos relacionados à justiça social, a saber, os chamados direitos sociais, criando para os Estados responsabilidades quanto à sua implementação. A exigência perante o Judiciário da implementação desses direitos, para maior efetividade, requer mecanismos processuais específicos, as chamadas ações coletivas, e atores que demandem em nome coletivo.

A questão da intervenção do Judiciário, ou, se preferirmos, do Sistema de Justiça como um todo, para a solução de problemas que anteriormente encontravam-se no âmbito do político surge da crescente expansão do próprio direito e da jurisdicização dos procedimentos que regem a política e a vida social[13]. A referência a Sistema de Justiça aqui está relacionada a todas as instituições que atuam nas demandas judiciais: o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública e Privada. Lembrando sempre que o sistema jurídico brasileiro comporta a solução extrajudicial de conflitos coletivos com a atuação do Ministério Público por meio do instrumento do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 e Recomendações previstas no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993[14].

---

[12] Lopes, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. 2003. Tese (Livre-Docência) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003 p. 162-163.

[13] E também temos que considerar aqui as cortes internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que podem ser acionados, em regra geral, quando esgotadas as possibilidades do sistema interno ou quando este se demonstra incapaz de analisar a questão em prazo razoável.

[14] E aqui vale citar a Recomendação n. 01/2009, de autoria dos Procuradores da República Luciana F. Portal Lima

Por seu turno, o Estado Democrático de Direito, como afirmamos anteriormente, caracteriza-se pela obediência a procedimentos que visam à legitimação de suas normas jurídicas e da atuação dos entes estatais, bem como pela garantia dos direitos fundamentais, sendo certo que esses procedimentos são estabelecidos pelas Constituições[15].

Os poderes do Estado Democrático de Direito submetem-se, inclusive, a regras limitadoras da própria expressão da soberania popular, uma vez que os poderes Legislativo e Executivo, quer se adote o sistema de governo presidencialista quer parlamentarista, estarão adstritos às regras internacionais e constitucionais e muitas vezes sequer poderão legislar de forma totalmente inovadora da ordem constitucional por emenda ao texto original, já que o próprio texto constitucional original poderá reservar matérias só modificáveis por uma nova ordem jurídica[16].

Ao tratar do tema, Oscar Vilhena Vieira explicita que tais cláusulas têm como objetivo preservar a dignidade da pessoa humana e a igualdade de cada indivíduo em relação aos demais. Este rol incluiria os direitos necessários a conferir autonomia aos indivíduos e suas garantias (direitos civis), os princípios instituidores do Estado Democrático de Direito, uma série de direitos que pretendem garantir uma igualdade mínima para o efetivo acesso a bens e direitos (direitos sociais) e ainda aqueles que garantam aos indivíduos o direito de participação na formação da vontade política do Estado (direitos políticos)[17].

Com a regulação da vida democrática por meio das Constituições, que positivaram vários direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, e com explicitação do Judiciário como o espaço prioritário no qual esses direitos devem ser garantidos e, ainda, com a criação de mecanismos processuais pelos quais os direitos,

---

Gadelha, Isac Barcelos Pereira de Sousa e Ludmila Fernandes da Silva Ribeiro, com atuação no Estado do Amazonas, que relativamente a tratamento de menina índia da etnia tukano, que estava internada em hospital em Manaus, atuaram para que fosse permitido o acesso do Pagé para ministrar também as terapias tradicionais em conjunto com aquelas da medicina, uma vez que os responsáveis pela menina só permitiam o tratamento dito convencional com a presença do Pagé.

[15] Na definição de Canotilho: "O Estado constitucional é 'mais do que o Estado de Direito'. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder *(to check the power)*, foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder *(to legitimize State power)*. Se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: 1. uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; 2. outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do poder político". (Canotilho, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina,1998. p. 95-96).

[16] As chamadas cláusulas pétreas previstas na Constituição Brasileira no artigo 60, § 4º; "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais".

[17] Vieira, Oscar de Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça:* um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

em especial, os direitos sociais, podem ser defendidos de forma coletiva e não individual, transformou-se por completo o panorama jurídico, gerando, inclusive, efeitos para pessoas ou entes que não fazem parte da relação processual[18].

Demais disso a própria autonomia do direito perante a política leva à elaboração de mecanismos processuais (e assim novamente jurídicos) pelos quais os direitos assegurados na Constituição e na legislação infraconstitucional possam ser garantidos.

Antoine Garapon assim descreve o cenário:

> A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. A exceção torna-se a regra, e o processo, de instrumento de solução de conflitos, se transforma no modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração. Antes concebida de maneira negativa e punitiva, a justiça torna-se positiva e construtiva. Outrora parecendo expressar um certo atraso nos costumes, e a instituição judiciária traz doravante esperanças de mudança. Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora[19].

Resta evidenciada, assim, uma tensão entre aqueles que defendem que o político deve sobrepujar-se ao jurídico, sob pena de a sociedade passar a ser tutelada por aqueles que atuam no Sistema de Justiça ou pelos próprios procedimentos jurídicos[20], e aqueles que percebem como expansão da própria democracia a judicialização das demandas cujo objeto é a efetividade das normas constitucionais que asseguram direitos e a contenção do sistema representativo (soberania popular) por normas constitucionais, que estabelecem que determinado grupo de direitos não pode ser afetado quer pela atividade legislativa ordinária quer por aquela que pretende emendar a Constituição (poder constituinte derivado) sob pena de passarem pelo crivo do Judiciário, em especial, pelo controle de constitucionalidade, seja difuso, seja direto[21].

---

[18] A questão da vinculação de todos à mesma regra sempre foi o objeto da política e efeito da lei e neste sentido a definição de Sartori para política: decisão que obriga a todos, mesmo os que dela não participaram (Sartori, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994. v. 1, p. 287).

Entretanto, nas ações coletivas teremos o efeito da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* e não *intra partes*. Na ordem jurídica brasileira os efeitos da coisa julgada são regidos pelas normas do artigo 103 da Lei n. 8.078/1990 (Código do Consumidor).

[19] Garapon, Antoine. *O juiz e a democracia, o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 51.

[20] Sobre a mesma questão, Celso Fernandes Campilongo aponta ainda que*: "*O Judiciário não seleciona o tipo de demanda sobre a qual decide. Sob pena de violar o princípio *non liquet,* o Judiciário não se pode furtar a oferecer uma decisão. Ao contrário disso, o sistema político não só seleciona as demandas com filtros de representatividade como também pode postergar a decisão ou simplesmente não decidir, decidir de modo parcial, ou, ainda, reformular ou descaracterizar a demanda". (Campilongo, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002).

[21] José Eisenberg assim identifica estas duas correntes de pensamento, que não são contrárias à jurisdicização da política, mas

Luiz Werneck Viana explicita a tensão entre o reconhecimento e a implementação efetivos dos direitos por meio do político (seja através da mobilização social seja através da representação política) e o recurso à judicialização da demanda:

> Fala-se, então, entre os que ressaltam a negatividade do protagonismo do direito na cena contemporânea, em judicialização da política (Tate e Vallinde, 1995, esp. Parte I) e jurisdicização das relações sociais, em usurpação da soberania popular pelo ativismo judicial, nem quando outros preveem a destruição do próprio direito, como no trilema de Tuebner (1996a:79 e seq.), se não for contido no seu ímpeto regulatório, que o ameaça com uma dependência progressiva a um tipo de desempenho exigido pelo seu entorno social. No limite, tal dependência importaria em uma abdicação de dimensão formal, que lhe é intrínseca, em favor da material, quando perderia a sua identidade própria.
>
> Na ponta oposta, a emergência do constitucionalismo democrático no segundo pós-guerra, reforçada pela democratização, nos anos 70, do mundo ibérico europeu e americano, trazendo consigo a universalização do *judicial review* e afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria, é percebida como uma ampliação do conceito de soberania, abrindo para os cidadãos novos lugares de representação de sua vontade, a exemplo do que ocorre quando provocam o Judiciário para exercer o controle da constitucionalidade das leis[22].

Parece certo, portanto, que a expansão e a real existência do Estado Democrático de Direito implica a submissão de todos às regras constitucionais, e, portanto, jurídicas, que regulam a forma do exercício da própria soberania popular por um lado e por outro estabelecem direitos que passam a ser exigíveis no espaço do Judiciário.

---

analisam a questão de dois modos: "Por um lado, o procedimentalismo do eixo Habermas-Garapon implica uma valorização apenas parcial desta judicialização na medida em que ela é um indicador das conquistas sociais consolidadas no Estado de Bem-Estar Social; mas este eixo aponta também para os riscos da nova forma de cidadania clientelista que tais avanços da judicialização produziram. Neste eixo busca-se, portanto, uma reafirmação do valor procedimental de uma estrutura básica de direitos que (a) permita no âmbito da sociedade civil; (b) seja capaz de recuperar o sentido original da idéia de soberania popular que está na base do modelo democrático constitucionalista vigente no Ocidente; e (c) substituir, assim, a função paliativa dos atores do Judiciário enquanto contrapeso radical às desigualdades sociais resultantes do modelo vigente. Por outro lado, o eixo Cappelletti-Dworkin confronta a invasão da política pelo direito, de uma perspectiva um pouco mais otimista, apontando para o importante papel que os juízes e demais atores do Judiciário exercem no sentido de estabelecerem um contraponto conservador à inevitável tendência dos legisladores de atuarem em convergência com os desejos da maioria" (Eisenberg, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: Vianna, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj; Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002, p. 45).

[22] Vianna, Luiz Werneck; Burgos, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: Vianna, Luiz Werneck (Org.), op. cit., p. 340-341.

## 3. A atuação do Poder Judiciário como intérprete dos instrumentos internacionais e da Constituição

Neste cenário, o Judiciário passa a ter uma função de intérprete da Constituição e dos instrumentos internacionais aos quais os países aderiram[23], quer estejamos falando do controle difuso, quer do controle concentrado de constitucionalidade e da própria legalidade, que para muitos chega a invadir o âmbito da política, pois as decisões não estariam mais somente no âmbito da interpretação, mas sim do que muitos chamam de atividade legislativa positiva.

Ao Judiciário estariam sendo levadas questões que deveriam ser resolvidas no âmbito da política e, portanto, com base na soberania popular, por incapacidade dos agentes políticos e/ou dos próprios cidadãos de administrarem esferas da vida pública e da vida privada, e, assim, o Judiciário funcionaria como o grande tutor da sociedade, incapaz de administrar na modernidade a complexidade de demandas presentes na arena política, muitas com efeitos diretos na vida privada das pessoas. Sendo certo que essa intervenção do Judiciário nada mais seria do que uma das facetas de intervenção dos poderes do Estado na vida privada das pessoas e/ou grupos impedindo suas manifestações e até mesmo conflitos próprios da esfera política.

Neste sentido a crítica feita por Ingeborg Maus:

> Essa informalização básica do direito, a "dinamização da proteção dos bens jurídicos", sujeita cada vez mais setores sociais à intervenção casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo que a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova imago paterna afirma de fato os princípios da "sociedade órfã". Nesta sociedade exige-se igualmente resguardo moral a fim de enfrentar pontos de vista morais autônomos oriundos dos movimentos sociais de protesto. Os parlamentos podem mais facilmente desobrigar-se da pressão desses pontos de vista que vêm de baixo na medida em que já internalizaram eles próprios os parâmetros funcionalistas de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis[24].

---

[23] O artigo 5º, § 3º, da Constituição brasileira, introduzido por modificação de dezembro de 2004, dispõe que "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".

[24] Maus, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Neste artigo a autora, cientista política e professora na

Entretanto, embora as críticas à chamada judicialização da polícia não devam ser ignoradas, fato é que a procura pelo Judiciário para a resolução de um conflito, quer seja de natureza individual para afirmação de um direito, quer seja nos conflitos coletivos, pode significar não a falta de autonomia dos sujeitos, mas exatamente o contrário. Muitos grupos podem não estar se fazendo representar na esfera política por diversos fatores, como deficiências nos modelos representativos, moral imperante na sociedade que impede que determinados grupos vejam os seus interesses defendidos nos parlamentos e dificuldade de organização de parcelas da sociedade civil. Assim, o funcionamento do Sistema de Justiça poderá, nessas hipóteses, garantir a efetividade dos direitos de tais grupos ou mesmo trazer para a pauta política itens que não estavam encontrando receptividade ou não eram considerados pelos grupos dominantes do âmbito político como os mais relevantes, urgentes ou importantes.

Assim, a judicialização de conflitos que, outrora, encontravam espaço na esfera política, por exemplo, a eficaz implementação dos direitos sociais, pode implicar, na realidade, o aprofundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que por meio de suas Constituições não só declara direitos que exigem um fazer do Estado (como regulador ou prestador do serviço), mas também estabelece garantias para o exercício de tais direitos, inclusive de natureza processual, de caráter individual ou coletivo.

E essa judicialização pode se dar no âmbito da justiça interna ou mesmo da justiça internacional nas hipóteses em que os países aderem a essas cortes, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos[25].

Cabe ressalvar também que o Executivo e o Legislativo não podem ignorar as diretrizes constitucionais relativas à implementação dos direitos sociais e até

---

Universidade Johann Wolfgang Goethe, de Frankfurt am Main, trata do papel do Tribunal Constitucional Alemão e da chamada jurisprudência de valores adotada por aquela Corte, em que para a autora, TCA estaria julgando a partir de uma moral própria e não a partir de uma ordem constitucional elaborada pela soberania popular. A questão é abordada também através de um olhar até mesmo psicanalítico, pelo qual o TCA substituiria a figura do pai como árbitro dos conflitos. A autora vê o TCA mais pelo aspecto de interventor em questões no âmbito moral, de questões que deveriam ser solucionadas pelos indivíduos ou grupos envolvidos dentro da sua esfera de autonomia e não como implementador de direitos sociais assegurados na Lei Fundamental. Embora esta questão esteja tão presente no Brasil, no qual o quadro é muito mais de omissão do poder estatal do que de excesso, podemos pensar na atuação do Ministério Público e do Judiciário nos requerimentos atinentes ao aborto quando o feto não tem condições de sobreviver ao parto, modalidade não permitida entre aquelas previstas no artigo 128 do Código Penal, mesmo porque na época da elaboração da parte geral do referido código (1940) não havia exames que permitissem avaliar as condições do feto. Assim, tais requerimentos hoje são feitos ao Judiciário com a oitiva do Ministério Público, cujos pronunciamentos, por falta de previsão legal, podem ser influenciados por convicções de fundo moral privado e religioso.

[25] Exemplos de judicialização perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos que versam sobre o direitos social de acesso à saúde são os casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, sentença de 17.6.2005, série C, n. 125 (<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>); *Albán Cornejo e Outros vs. Equador*, sentença de 22.11.2007, série C, n. 171 (<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf>) e *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentença de 4 .7.2006, série C, n. 149 (<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf >).

mesmo a priorização da destinação orçamentária para políticas públicas específicas para tais áreas[26].

Rodolfo Arango sustenta que uma bem desenvolvida teoria dos direitos não exclui os direitos sociais dos direitos fundamentais. Ao contrário, essa teoria pode resolver o problema da proteção judicial destes direitos, fazendo-se necessária a aplicação de princípios como a subsidiariedade e a solidariedade. Afirma ainda que decisões judiciais poderiam até mesmo compelir as autoridades a alocar recursos para assegurar o exercício dos direitos sociais básicos[27].

## IV. Constituição e direitos sociais, econômicos e culturais

Como sabemos, a Constituição Federal de 1988 estabelece no seu artigo 6º direitos sociais gerais[28] e no artigo 7º, direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais especificamente.

Entretanto, a Constituição não nomeou simplesmente os direitos sociais, mas também estabeleceu diretrizes para as políticas públicas específicas para a implementação de tais direitos sociais e faz isso nos artigos 193 a 231, que constituem o título Da Ordem Social, e em seus diversos capítulos, trata de direitos sociais como a seguridade social (que engloba saúde, previdência e assistência social), a educação, o meio ambiente e ainda de políticas públicas relacionadas a grupos específicos, como as crianças e os adolescentes, os idosos, as populações indígenas, os quilombolas e as pessoas portadoras de deficiência.

---

[26] E neste sentido pronunciou-se o ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 (ADPF 45), em 29.4.2004, cuja ementa é a seguinte: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). A referida ADPF tratava da Lei de Diretrizes Orçamentárias n. 10.707/2003 para a elaboração da Lei Orçamentária para 2004 e a obediência daquela em relação aos preceitos estabelecidos para o orçamento da sáude nos termos da Emenda Constitucional n. 29/2005.

[27] "The best constitutional reasons speak on behalf of decisions by constitutional judges that would compel the authorities to guarantee not only the availability of places but also the material resources to secure the exercise of basic social rights. The reasons against such guarantees, that is, a lack of money or inadequate infrastructure, and the responsibility of the parents, do not justify the failure to recognize the afore-mentioned constitutional position, for is non-recognition by the state will harm the individual, by excluding him from the benefits of progress and condemning him to a marginal status in the society" (Arango, Rodolfo. Basic social rights, constitutional justice, and democracy. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 141-154, jun. 2003).

[28] O artigo 6º com a redação da Emenda Constitucional n. 26, de 14.2.2000 (que introduziu o direito à moradia), estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Por outro lado, posteriormente à Constituição Federal e em decorrência de suas diretrizes, foram elaboradas pelo Congresso Nacional inúmeras leis consideradas os marcos legais de direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal e também de direitos estabelecidos para grupos específicos.

É importante também esclarecer que a demanda judicial dos direitos sociais no Brasil se faz fortemente ancorada em um modelo que contempla:

a) direitos sociais, econômicos e culturais estabelecidos na Constituição Federal (e também nos pactos, convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é parte e pelos quais responde perante órgãos de controle e fiscalização);

b) diretrizes de políticas públicas também estabelecidas na Constituição Federal;

c) marcos legais consolidados em leis posteriores à Constituição que obedecem a diretrizes que já tinham sido estabelecidas no texto constitucional;

d) compreensão pelos integrantes do sistema de justiça de que a garantia constitucional individual prevista no art 5º, inciso XXXV – *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* –, pode contemplar também direito social (como, por exemplo, a exigência ao recebimento de certo medicamento pela rede pública de saúde);

e) existência de instrumentos processuais que permitem essa demanda judicial de forma individual ou coletiva como o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo e especialmente a ação civil pública que pode ser manejada por vários autores, como associações que se dedicam à defesa de interesses sociais, sindicatos, órgãos públicos como os Procons, o Ministério Público e mais recentemente a Defensoria Pública;

f) sistema duplo de controle de constitucionalidade – difuso por qualquer juiz nas ações civis públicas, mandados de segurança e outros e concentrado perante o Supremo Tribunal Constitucional (que funciona como Tribunal Constitucional, embora não exclusivamente);

g) independência do Poder Judiciário e autonomia do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, garantidas constitucionalmente, com carreiras formadas por concurso público e

h) inexistência de coisa julgada no sistema do contencioso administrativo e garantia constitucional de que qualquer ameaça ou lesão a direito é passível de análise pelo Judiciário.

Todos esses elementos fazem com que a demanda judicial por eficaz prestação de direitos sociais no Brasil seja uma constante desde o início da vigência da atual Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, sendo que as ações utilizam-se de fundamentos variados no âmbito do ordenamento jurídico internacional e interno.

E vale destacar que as cortes brasileiras têm enfrentado até mesmo a questão orçamentária, que para muitos seria como uma fronteira que o Judiciário não deveria cruzar, uma vez que isso poderia implicar ingerência nas atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na verdade, essa questão tem sido enfrentada quando no curso da ação judicial resta demonstrado que a administração tinha o dever de implementar o referido direito, ou seja, que a atividade administrativa era vinculada e, portanto, havia previsão orçamentária para tanto, especialmente quando se trata do direito de crianças e adolescentes à educação e, portanto, do qual a administração não pode dispor nas situações em que a Constituição considera o exercício de tal direito fundamental para o aluno e obrigatório para o administrador[29].

## V. Um exemplo de judicialização interna do direito à saúde

A Constituição Federal no artigo 196 afirma que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

O sistema de saúde no Brasil é, portanto, universal, com participação das três esferas dos entes federativos – União, Estados e Municípios –, com atribuições explicitadas na Constituição e nas leis que regulam o chamado sistema único de saúde[30].

É sabido que a área da saúde contempla desde ações preventivas, como campanhas de vacinação, até tratamentos bastante complexos, como transplantes, necessidade de acesso a unidades intensivas de terapia pela parcela da população que não pode pagar por esse serviço e também por aqueles cujos planos médicos não têm cobertura para longos períodos de internação em unidades deste tipo, e ainda há a questão do acesso a medicamentos e quais devem estar nas listas de fornecimento gratuito pela administração.

---

[29] Neste sentido, Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial n. 493811, 2ª Turma, por maioria, julgamento em 11.11.2003 e publicado em 15.3.2004; Recurso Especial n. 510598, 2ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, julgamento em 17.4.2007 e publicado em 13.2.2008 e Recurso Especial n. 474361, 2ª Turma, por unanimidade, julgamento em 4.6.2009.

[30] O Sistema Único de Saúde está explicitado no artigo 198, §1º, da Constituição Federal.

Assim, os temas acima são objetos de várias ações individuais e ações coletivas relacionadas ao direito social saúde, que hoje tramitam nas Cortes brasileiras.

Para exemplificar algumas das questões tratadas durante essa parte do manual, vamo-nos valer de decisão proferida em 14 de outubro de 2008 pela Presidência do Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Liminar n. 228 (SL 228[31]) relacionada à Ação Civil Pública n. 2007.81.03.000799-0, promovida pelo Ministério Público Federal, na subseção da Justiça Federal de Sobral, Ceará, contra a União, Estado do Ceará e Município de Sobral, com a finalidade de obter a instalação de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas no prazo de 90 dias para benefício dos 61 municípios que compõem a Macrorregião Administrativa do SUS de Sobral, uma vez que a tutela requerida em ação civil pública fora concedida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral, Ceará, e mantida no Agravo de Instrumento n. 2007.05.00.077007-0 no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Como se observa, desde logo, o caso contempla vários dos aspectos abordados até agora quando se trata da judicialização de um direito social.

A ação foi coletiva – ação civil pública – movida pelo Ministério Público Federal para impor aos diversos entes que compõem o Sistema Único de Saúde uma obrigação de fazer, a saber, instalar vários leitos de Unidades de Terapia Intensiva, o que, evidentemente, implica gastos financeiros.

O argumento principal das contestações dos entes administrativos que estavam no polo passivo foram os de sempre nessas ações: o Judiciário não pode substituir a administração e deve ser levada em conta a questão dos recursos escassos.

Sobre esse ponto cabe destacar a seguinte parte da decisão da Suspensão de Liminar n. 228 do Supremo Tribunal Federal:

> o fato é que o denominado problema da judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro lado, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem

[31] O inteiro teor da decisão pode ser acessado pela página do Supremo Tribunal Federal – <www.stf.jus.br> – em processos, SL 228, *Diário de Justiça* ou <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=199&dataPublicacaoDj=21/10/2008&numProcesso=228&siglaClasse=SL&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=157&codMateria=7>.

> compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Entretanto, é a própria decisão da Presidência do Supremo na SL 228 que aponta o caminho possível nestas ações, fazendo um resumo das diversas interpretações judiciais possíveis e já existentes no Brasil sobre o tema, visto que estamos com mais de 20 anos de Constituição Federal de 1988 e também fazendo remissão às decisões anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal, como no Agravo Regimental/Recurso Extraordinário n. 271.286/RS de relatoria do Ministro Celso de Mello[32].

Na decisão da SL 228, são analisados os elementos estabelecidos no artigo 196 da Constituição Federal, concernentes ao direito à saúde: 1) direito de todos, 2) dever do Estado, 3) garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas, 4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, 5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário e 6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

E a decisão conclui que no caso concreto existe a política pública, existem os recursos, existe a necessidade, mas a inoperância dos administradores implica, no caso concreto, a não implementação da política pública e neste caso, como afirma a decisão na SL 228:

> A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais n. 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando de formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público.
>
> Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados. Neste sentido, destacam-se os seguintes julgados: RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello; AI 238.328-0, Rel. Min. Marco Aurélio.

[32] O ministro Celso de Mello, naquela oportunidade, reconheceu o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. É importante ressalvar que a decisão foi publicada em 12.9.2000.

Portanto, fica claro que a implementação de política pública relacionada a direito social, cultural ou econômico, cujas diretrizes estão explicitadas nos Pactos Internacionais e na Constituição Federal e a forma de implementação já determinada por legislação e até mesmo normas administrativas, não é uma escolha do Administrador, mas sim uma obrigação do Estado ou daquele que atua por delegação do Estado, podendo os atores do Sistema de Justiça promover as ações cabíveis perante o Poder Judiciário[33].

## § 18 A judicialização perante o sistema interamericano de direitos humanos

Como sabemos, no âmbito do sistema regional interamericano para a proteção de direitos humanos, atuam a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos que têm uma atuação consultiva e contenciosa[34].

Flávia Piovesan[35] faz interessante análise sobre o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos tecendo cinco conclusões:

> – que as fragilidades e insuficiências do sistema revelam as características internas dos Estados-Membros;
>
> – que em razão da história da maior parte dos Estados-Membros, com graves violações de direitos civis nos períodos de ditaduras e regimes de exceção e mesmo na fase democrática, grande parte das decisões da Corte estão orientadas para os chamados direitos civis;
>
> – que os casos apreciados pela Corte têm origem em sua grande maioria na atuação de organizações não governamentais, que usam esse fórum para obter ganhos e avanços nos sistemas internos;
>
> – que as decisões da Corte têm obtido crescente credibilidade pelas populações dos Estados-Membros e

[33] E é em razão de tais premissas que, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, vários dos temas relacionados à judicialização do direito à saúde constam de processos escolhidos na sistemática de Repercussão Geral no STF e naquela de Recursos Repetitivos no STJ (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). No STF, o tema é o objeto de audiência pública em 27 e 28.4.2009, e no STJ, o tema fornecimento de medicamentos é objeto do RESP 1069810, de relatório do ministro Luiz Fux que foi escolhido como caso paradigma do tema.

[34] As decisões podem ser acessadas em <http://www.corteidh.or.cr>.

[35] Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. In: Piovesan, Flávia; Ikawa, Daniela (Coord.). *Direitos humanos:* fundamento, proteção e implementação – perspectivas e desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2, p. 310-326.

– que é necessário aumentar a participação direta de indivíduos e de ONGs à Corte sem que os casos passem por um juízo de admissibilidade prévio, fortalecer a justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais e o poder sancionatório da Corte.

Essas características são plenamente visíveis nos casos de destaque em que o Brasil foi acionado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e também na Corte Interamericana e, especialmente, no caso conhecido como Maria da Penha[36], que foi levado à Comissão Interamericana por ONGs de defesa de direitos das mulheres, por se tratar de caso gravíssimo de violência de gênero (tentativa de homicídio que deixou a vítima paraplégica) e deu grande visibilidade à violência doméstica no Brasil, culminando na aprovação da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2004.

## § 19 Conclusão

Como vimos, a possibilidade da judicialização dos direitos sociais, econômicos e culturais não é uma possibilidade, mas sim uma realidade, tanto no âmbito das cortes nacionais como nas internacionais. O rol de direitos do Pidesc e do Protocolo de São Salvador está incorporado em muitas constituições dos Estados-Membros, especialmente na brasileira, cujo sistema de justiça confere legitimidade a atores diversos instrumentos processuais e para promover ações coletivas e individuais.

**Informações úteis na internet:** Corte Interamericana de Direitos Humanos (<www.corteidh.or.cr>); Ministério Público e a Promoção dos Direitos Fundamentais Sociais (<www.prr4.mpf.gov.br>); *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos (*<www.surjournal.org> e <www.revistasur.org>); Center on Housing Rights and Evictions (<www.cohre.org>).

36 Para saber mais, ver: <http://www.mariadapenha11340.com.br>.

# Capítulo 9: As proibições de discriminação

Não discriminação, com a igualdade perante a lei e o direito, a igual proteção da lei sem qualquer tipo de discriminação, constitui um princípio basilar do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)[1]. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, esclareceu, no seu art. I, que "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos", concretizado pelo art. II, que garante que "Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos [...] sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição".

Com o decorrer dos anos formou-se, dentro do DIDH, um complexo sistema de normas destinadas a proteger pessoas especificamente contra discriminação e a eliminá-la. Este capítulo tem como objetivo dar uma breve orientação sistemática sobre essa matéria especial do DIDH, analisando, após algumas anotações introdutórias (§ 21), o conteúdo e o significado das proibições gerais de discriminação (§ 22), para, enfim, apresentar uma visão panorâmica de dois regimes especiais: proteção de mulheres contra discriminação e proteção contra a discriminação racial (§ 23).

## § 20 Anotações introdutórias

**Sumário:**

I. Delimitação: proteção individual *vs.* coletiva
II. Conceitos de igualdade
    1. Igualdade formal
    2. Igualdade substancial
III. A diferença entre discriminação direta e indireta
IV. A definição de discriminação

**Bibliografia:** Bayesfky, A. The principle of equality and non-discrimination in international law. *HRLJ,* 1990, p. 1; Eide, A.; Opsahl, T. *Equality and non-discrimination.* Oslo: Norwegian Institute of Human Rights, 1990; Fredman, S. *Discrimination Law,* Oxford: OUP, 2002; McKean, K. *Equality and non-discrimination under international law.* Oxford: Clarendon Press, 1983; Stourzh, G. "... é egaux en droits": the place of non-discrimination in the history

[1] Comitê de Direitos Humanos (CeDH), General Comment n. 18 (1989), § 1. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. Acesso em: 12 maio 2009. Cf. também CtIDH, Juridical condition and rights of the undocumented migrants, Advisory Opinion OC-18/03, of September 17, 2003, § 83.

of human rights. *HRLJ,* 2004, p. 2; Wolfrum, R. (Ed.). *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz.* Berlin: Springer, 2003.

> **Caso 1**: O senhor A considera as medidas tomadas por seu governo para combater o "*apartheid* social" completamente insuficientes. Ele quer processar o governo para obrigá-lo a lançar campanhas públicas que apontem o problema da discriminação social. Após o esgotamento dos recursos internos, ele submete uma comunicação individual ao CeDH, alegando uma violação do artigo 2º do PIDCP. Sua petição terá sucesso?
>
> **Caso 2**: A senhora X é indígena – fato documentado na certidão de nascimento. Ela perdeu seu *status* como indígena, conforme a "Lei Indígena" do Estado Y, em razão do casamento com um não indígena. Homens indígenas, porém, ao se casarem com mulheres não indígenas, não perdem esse *status*. Será que a "Lei Indígena" é discriminatória?
>
> **Caso 3**: No Estado X vigora uma lei que obriga os empregados de empresas de construção civil a fazerem uso de capacetes de segurança quando estiverem executando trabalhos em canteiro de obras. Os trabalhadores que não estiverem usando capacetes podem ser demitidos. O senhor B é adepto de uma religião que o obriga a usar um turbante, por isso ele se recusa a utilizar o capacete. Na opinião dele, a lei é discriminatória. O governo do Estado X, contudo, sustenta que a lei se aplica igualmente a todos e não pretende discriminar, mas proteger a saúde; não se tratando, portanto, de discriminação. É correto?

Lamentavelmente, práticas de discriminação marcam a história da humanidade. Quem enxerga o cotidiano com olhos abertos poderá facilmente recordar de várias situações em que pessoas eram tratadas desigualmente somente por conta de condições que eram parte integrante da sua personalidade e identidade, como a cor da pele, opinião política ou orientação sexual, por exemplo. Contudo, se os direitos humanos cabem a todos, sem requerimentos especiais, mas pelo simples fato de serem seres humanos, então qualquer manifestação negativa sobre a condição de uma pessoa representa um ataque à dignidade humana e tem de ser coibida, em particular, para prevenir o pior.

Nota-se, pois, que a tolerância das práticas de discriminação frequentemente resulta em excessos bestiais, em piores práticas de exclusão e supressão e até em genocídios. A perseguição dos judeus e outras minorias pela Alemanha neonazista ou o racismo institucionalizado pelo regime de *apartheid* na África do Sul são só dois dentre muitos exemplos que mostram que o combate contra intolerância e

discriminação não pode ser tardio, pois, uma vez derrotado, pode acabar em crimes contra a humanidade e outras catástrofes humanitárias.

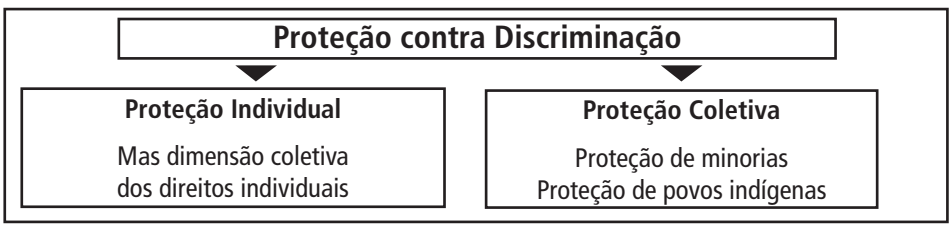
Daí, a importância fundamental das proibições de discriminação no DIDH. Até a Carta da ONU de 1945, que fala tão pouco sobre direitos humanos, menciona como propósito da organização mundial, no art. 1º (3),

> Conseguir uma cooperação internacional para [...] promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião [...][2].

Nesse sentido, a comunidade de Estados erigiu um sistema refinado de proteção contra discriminação.

## I. Delimitação: proteção individual *vs.* coletiva

Antes de expor as linhas básicas desse sistema, porém, é mister, tendo em vista a natureza concisa deste *Manual*, restringir as explicações à proteção individual contra discriminação. Consequentemente, o presente capítulo não se ocupará com o aspecto coletivo, isto é, a proteção de grupos contra práticas e políticas discriminatórias. Embora discriminação habitualmente mostre (também) uma dimensão coletiva, é preciso, sob uma perspectiva jurídico-sistemática, recordar que existem instrumentos e mecanismos diferentes para a proteção de indivíduos e grupos. Como já vimos nos capítulos anteriores[3], o DIDH não só protege os membros individuais de determinados grupos vulneráveis, mas também abrange instrumentos destinados à proteção e à promoção especial dos direitos de certos coletivos. Trata-se de regimes jurídicos complementares em relação à proteção dos direitos individuais que mostram particularidades que não podem ser discutidas nesse passo. Vide, porém, no que tange à proteção dos povos indígenas, o capítulo 10, de Hans-Joachim Heintze.




[2] Vide também os arts. 55, 56, 62 (2) e 76 da Carta da ONU. Cf. também art. 3º da Carta da OEA.

[3] Cf. o § 6 deste *Manual*.

## II. Conceitos de igualdade

O reconhecimento de que todos os seres humanos são "iguais em dignidade"[4] implica o reconhecimento dos direitos humanos iguais e, assim, do seu gozo sem qualquer discriminação. Sua realização efetiva acontece com base em dois conceitos fundamentais: o conceito de igualdade formal e o conceito de igualdade substancial[5].

### 1. Igualdade formal

O conceito da igualdade formal exprime-se na igualdade perante a lei e no direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei – o chamado princípio da isonomia. Esse princípio exige tratar os iguais de forma igualitária. Isso significa, por um lado, que as leis não podem, em princípio, fazer distinção por motivos de origem étnica, social ou de gênero etc. (igual proteção da lei); por outro lado, elas também não devem ser aplicadas de modo discriminatório (igualdade perante a lei). Assim, o conceito da igualdade formal articula a ideia clássica (liberal) da igualdade.

### 2. Igualdade substancial

Enquanto o respeito ao princípio da isonomia trata inegavelmente de um pressuposto fundamental para garantir o pleno gozo dos direitos humanos, o dia a dia mostra que tal proteção por si é insuficiente, porque existem, no nível social, várias outras formas de discriminação. Por exemplo, o fato de todos terem formalmente igual acesso à justiça não gera automaticamente esse resultado, ou seja, igualdade no acesso à justiça para todas as pessoas, porque condições econômicas, sociais e culturais excluem certos grupos. Portanto, é muitas vezes a falta de igualdade substancial que resulta naquelas desvantagens que impedem pessoas de gozar seus direitos iguais. Assim, justifica-se tratar pessoas em situações bem diferentes de forma desigual.

Observa-se que igualdade substancial pode assumir duas formas principais: igualdade no que tange a um determinado resultado (*equality of result*) e igualdade no que tange a uma determinada oportunidade (*equality of opportunity*)[6]. A última reconhece a existência de grupos sociais que não possuem as mesmas chances de realizar uma garantia fundamental ou acessar um benefício ou bem. Exemplo: as dificuldades de pessoas com deficiências em conseguir um emprego, apesar de terem

---

[4] Cf. art. 1 da DUDH e, no mais, o art. II da Declaração Americana dos Direitos Humanos (DADH).

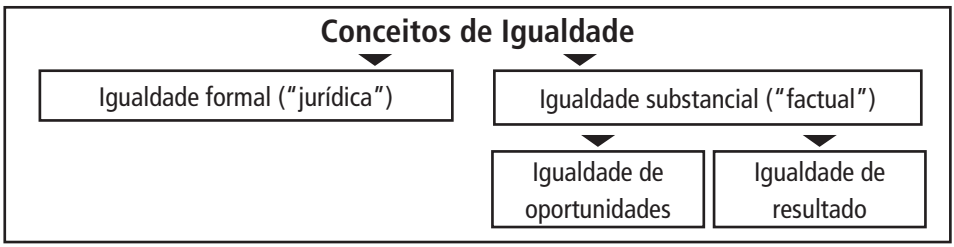
[5] Cf. Kitching, K. *Non-discrimination in international law*: a handbook for practitioners. London: Interights, 2005, p. 19ss. Disponível em: <http://www.interights.org/handbook/index.htm>. Acesso em: 12 jun. 2009.

[6] Idem.

as mesmas qualificações daquelas sem deficiências. Portanto, é tarefa do legislador assegurar oportunidades efetivamente iguais por leis e outras medidas, que levam em consideração os diferentes pontos de partida de certos grupos sociais. Assim o conceito de igualdade substancial constitui uma divergência da ideia clássica de igualdade, pois se funda, em grande parte, no modelo de justiça redistributiva, que exige corrigir os efeitos de uma discriminação passada ou presente.

Às vezes, contudo, a remoção de desigualdade efetiva até necessita de medidas diretas que visam a uma redistribuição social. Por exemplo, podem ser necessários investimentos do Estado – em forma de bolsas, materiais etc. – para garantir a grupos tradicional ou estruturalmente excluídos melhores chances para acessar determinados benefícios[7]. Expressão desse conceito são, em especial, as famosas e controversas ações afirmativas (*affirmative actions* 🗎). Todavia, a decisão de implementar tais programas é, antes de mais nada, uma política, sujeita à discrição dos Estados.

> Por isso, no **Caso 1**, a comunicação do senhor A não terá sucesso. No plano internacional não existe um direito individual a "ações afirmativas". Tal obrigação do Estado é somente plausível se eles evidentemente se recusam a implementar quaisquer medidas contra a discriminação social, embora se trate de um problema gravíssimo[8].




## III. A diferença entre discriminação direta e indireta

Importante é saber que o Direito Internacional Público diz respeito a ambos os conceitos fundamentais de igualdade e que procura garantir a igualdade necessária para o pleno gozo dos direitos humanos, porém, sem fazer "tudo igual", mas respeitando a existência de diferenças essenciais que constituem uma sociedade

[7] Muitas vezes, fala-se, por isso, de "discriminação positiva". O termo não me parece adequado.

[8] Até agora, o CeDH meramente indicou que o princípio da igualdade "às vezes requer" dos Estados a implementação de ações afirmativas (cf. CeDH, General Comment n. 18 [1989], § 10). Trata-se, em primeiro lugar, de uma obrigação progressiva e, portanto, mediata.

democrática e multicultural. Esse fato torna-se mais claro se considerarmos a diferença entre discriminação direta e indireta[9].

Trata-se de discriminação direta, se uma distinção, seja na lei, seja na sua aplicação, vincula-se diretamente a uma condição proibida, sem que haja, para isso, uma justificação objetiva. Nesse caso, a discriminação é intencional. É o conceito de igualdade formal que está na base da sua proibição.

> No **Caso 2**, por exemplo, é evidente o fato de que a senhora X é discriminada diretamente pela "Lei Indígena" em razão de ser mulher, porque homens não perdem seu *status* como indígenas no caso de casamento com uma não indígena[10].

Discriminação indireta refere-se às leis, às práticas ou aos critérios aparentemente "neutros" que foram aplicados de forma igual, mas que resultam no favorecimento de um grupo, ou seja, prejudicam um outro grupo. Nesse caso, é o *efeito* (*effect*) da respectiva medida que resulta na discriminação. É o conceito da igualdade substancial que está na base dessa proibição. Prova da sua incorporação no DIDH são, em particular, aquelas convenções contendo definições do termo "discriminação". Como veremos agora, elas referem-se explicitamente ao "efeito" discriminatório e, assim, à discriminação indireta[11].

> No **Caso 3**, portanto, o argumento do Estado X, de que a lei relativa ao dever de usar capacetes se aplicaria igualmente a todos e não pretenderia discriminar, não é inteiramente correto. De fato, a lei discrimina indiretamente o senhor B porque o obriga a violar seus deveres religiosos ou quitar seu trabalho[12]. Outra questão, contudo, discutida a seguir, é se tal discriminação é justificada, por exemplo, para proteger a saúde pública[13].

---

[9] CeDH, *Althammer et al. vs. Austria*, com. n. 998/2001 (2003), § 10.2; CtIDH, *Juridical condition and rights of the undocumented migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, of September 17, 2003, § 103.

[10] Caso construído de acordo com CeDH, *Lovelace vs. Canada*, com. n. 24/1977 (1981).

[11] São, em particular, o art. 1º (1) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), o art. 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres (1979), o art. 1º da Convenção n. 111 da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (1958) e o art. 1º da Convenção da Unesco contra Discriminação na Educação (1966).

[12] CeDH, *Karnel Singh Bhinder vs. Canada*, com. n. 208/1986 (1988), § 6.1.

[13] Cf., idem, § 6.2.

## IV. A definição de discriminação

Nota-se que importantes tratados de direitos humanos, como os dois Pactos Internacionais de 1966 e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (ConvADH), não definem o termo "discriminação", mas somente aqueles instrumentos que se dedicam especificamente a esse assunto[14]. Eles contribuíram para um consenso na jurisprudência e na doutrina do que se entende por "discriminação":

> [...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento, ou qualquer outra condição, e que tem por objetivo ou efeito anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de todos os direitos e liberdades[15].

Sob o ponto de vista terminológico, observa-se, enfim, que "igualdade" e "não discriminação" são expressões positivas e negativas do mesmo princípio[16]. Igualdade significa ausência da discriminação; a implementação do princípio de não discriminação deve gerar igualdade.

# § 21 As proibições gerais de discriminação

**Sumário:**


I. A distinção entre proibições acessórias e autônomas
   1. Proibições acessórias
   2. Proibições autônomas
   3. Delimitação dos seus âmbitos de proteção
II. O princípio da isonomia
   1. Conteúdo principal
   2. Discriminações justificadas
III. A estrutura do exame das proibições gerais de discriminação
   1. Existência de um ato de discriminação
   2. Falta de uma causa de justificação



**Bibliografia:** Choudhury, T. The Human Rights Committee´s interpretation of ICCPR Article 26. Disponível em: <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/iccprart26no2.pdf>. Acesso em:


---

[14] Vide nota 11.

[15] Cf. CeDH, General Comment n. 18 (1989), § 7 (tradução livre do autor). Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. Acesso em: 12 maio 2009.

[16] Vide Bayefsky, A. F. The principle of equality or non-discrimination in international law. 11 *HRQ,* 1990, p. 5.

25 maio 2009; Dulitzky, A. E. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudência Interamericana. *Anuario de Derechos Humanos,* 2007, p. 15; Edelenbos, C. Article 26, the Human Rights Committee´s views and decisions; the way of the future? In: Alfredsson, G. et al. (Ed.). *International human rights monitoring mecanisms.* The Hague, 2001, p. 125; Tomuschat, C. The Human Rights Committee´s jurisprudence on article 26 – A Pyrrhic Victory. In: Ando, N. (Ed.). *Towards implementing universal human rights:* Festschrift for the 25th anniversary of the Human Rights Committee. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2004, p. 225.

**Caso 1**: No Estado X vigora uma lei que garante aos homens casados subsídios no caso de desemprego, mas às mulheres casadas não. Por isso, o requerimento da senhora X, casada e há pouco tempo sem emprego, é rejeitado pelo Estado X. Ela considera a lei incompatível com o princípio da isonomia. Após o esgotamento dos recursos internos, ela submete uma comunicação individual perante o CeDH, alegando uma violação do art. 26 do PIDCP. O Estado sustenta que o CeDH não podia decidir comunicações referentes a direitos econômicos, sociais e culturais garantidos, por exemplo, pelo Pidesc. Existe razão nesta alegação?

**Caso 2**: O advogado A defende o senhor B que viveu em uma relação homossexual por mais de 20 anos com o recém-falecido senhor C. Quem sempre ganhou o sustento de ambos foi o senhor C. O senhor B procura receber a pensão dele, alegando ser seu "dependente". A pertinente lei, contudo, só reconhece pessoas do outro sexo como dependentes. Examinando a proibição de discriminação do art. 2º (1) do PIDCP, o advogado fica com dúvidas: trata-se de discriminação por motivo de sexo ou de outra condição?

**Caso 3:** O senhor X é adepto da religião Rastafari e, por isso, consome regularmente maconha quando está participando de cerimônias religiosas. Ele estudou direito e quer trabalhar como advogado. Contudo, conforme a "Lei sobre a Admissão na Ordem dos Advogados", só podem ser admitidas "pessoas íntegras", isto é, sem registro criminal ou inclinação a cometer atos criminais. De fato, existe uma "Lei Antidrogas" que criminaliza a posse de maconha, só prevendo exceções para determinadas profissões (médicos, por exemplo), mas não para advogados. Como o senhor X revela à Ordem dos Advogados que frequentemente consome maconha, ele não é admitido. Na opinião dele, trata-se de discriminação religiosa. Existe razão nessa alegação?

**Caso 4**: O senhor A quer ingressar no serviço público do Estado B e, por isso, precisa passar em concurso. Como o Estado B viveu, por muitos anos, uma ditadura que expulsou milhares de funcionários públicos que (presumivelmente) tinham pronunciado opiniões críticas contra o regime, seu recém-eleito governo democrático estabelece por meio de uma lei, aprovada pelo Legislativo, que os demitidos têm o direito de voltar às suas vagas sem precisar se submeterem a concurso. A consequência é que não haverá concursos nos próximos anos. O senhor A considera a lei discriminatória e baseada igualmente em uma decisão ideológica. Existe razão nessa alegação?

As proibições gerais de discriminação são aquelas que não só protegem um determinado grupo (mulheres, crianças etc.), mas se aplicam a todas as pessoas. Elas baseiam-se em uma lista de condições (sexo, língua, cor etc.), mas são, ao mesmo tempo, formuladas como cláusulas abertas, referindo-se também a "qualquer outra condição". Em outras palavras: elas meramente enumeram os motivos de discriminação mais comuns, sem, contudo, excluir a existência de outros, permitindo, assim, a inclusão de processos dinâmicos e fenômenos sociais que seus criadores não previram.

## I. A distinção entre proibições acessórias e autônomas

Para o defensor de direitos humanos, é fundamental, sob uma perspectiva técnico-jurídica, conhecer a diferença conceitual entre proibições acessórias e proibições autônomas, para poder aplicar corretamente as respectivas normas.

### 1. Proibições acessórias

O termo "acessoriedade" significa que somente os direitos humanos reconhecidos pelo respectivo tratado são garantidos sem consideração da pessoa. Portanto, as proibições acessórias "parasitam": sua violação pressupõe a violação de outro direito humano, ou seja, dependem ou "vivem" deste[17]. Por isso, elas devem ser lidas e citadas em conjunto com aquele direito humano cujo âmbito de proteção é pertinente.

Desse modo, as proibições acessórias são relevantes, por um lado, para impedir que um direito humano reconhecido pelo tratado em questão seja garantido de forma

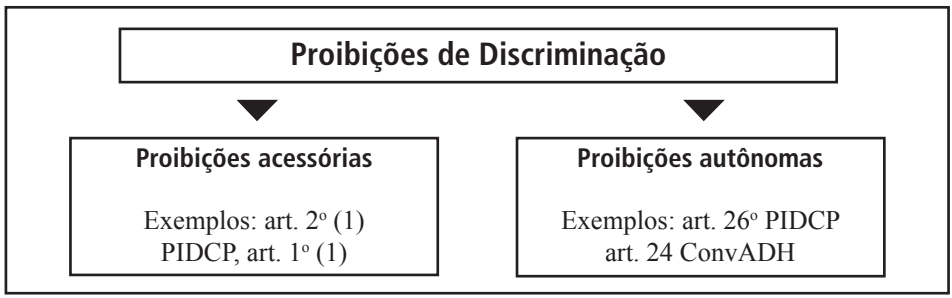
[17] Cf. Schilling, T. *Internationaler Menschenrechtsschutz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 142.

discriminatória, e, por outro lado, para que uma restrição admissível de um direito humano não vigore apenas para um determinado grupo, mas para todos[18]. Para dar um exemplo: o art. 6º (2) do PIDCP não veta a pena de morte, mas em conjunto com seu art. 2º (1) proíbe aplicá-la aos grupos seletos.

Sob o ponto de vista prático, o art. 2º (1) do PIDCP é a proibição acessória mais importante, no plano universal, mas não a única. Outros exemplos são o art. 3º do PIDCP (igualdade entre homens e mulheres), o art. 2º (2) do PIDESC e o art. 2º do CDC. E, no plano regional, destacam-se o art. 1º (1) da ConvADH, o art. 14 da ConvEDH e o art. 2º da ConvAfrDH. Sua leitura é recomendada.

## 2. Proibições autônomas

Quanto às proibições autônomas, são aquelas que vetam a discriminação independentemente de outras garantias de direitos humanos. Isso significa, em especial, que elas não apenas dobram a proteção garantida pelas proibições acessórias, como também se aplicam fora do âmbito de sua proteção[19]. Elas oferecem proteção adicional contra discriminação e não precisam ser lidas em conjunto com outros direitos humanos. Exemplo[20] importante é o princípio da isonomia, garantido pelo art. 26 do PIDCP[21] e pelo art. 24 da ConvADH[22].




[18] Idem, p. 143.

[19] CeDH, General Comment n. 18 (1989), § 12. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. Acesso em: 12 maio 2009.

[20] A CEDCM e a CEDR também contêm cláusulas autônomas, vide o § 22 .

[21] CeDH, General Comment n. 18 (1989), § 12; CeDH, *S.W.M. Broeks vs. the Netherlands*, com. n. 172/1984 (1987), §12.3.

[22] CtIDH, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84, of January 19, 1984, § 54.

## 3. Delimitação dos seus âmbitos de proteção

Pergunta-se, portanto, qual é o significado das proibições acessórias e como delimitar seu âmbito de proteção em relação ao das proibições autônomas.

Ressalva-se, primeiro, que as proibições acessórias já efetuam uma ampliação dos âmbitos de proteção daquelas garantias reconhecidas pelo tratado de direitos humanos em questão. Não obstante, não é óbvia a função deles ao lado das proibições autônomas. Parecem supérfluas as menções do art. 2º do PIDCP e do art. 1º da ConvADH, visto que o art. 26 do PIDCP e o art. 24 da ConvADH, respectivamente, oferecem a mesma proteção. Além disso, como já vimos, é característico de todas as proibições gerais – e não só das proibições acessórias – que elas são cláusulas abertas, não se restringindo aos motivos seletos de discriminação. Portanto, coloca-se tanto mais a questão se as proibições acessórias protegem algo não resguardado pelas proibições autônomas.

A resposta é "não". Conforme a interpretação presente, as proibições acessórias não têm um âmbito de proteção diferente do das proibições autônomas do PIDCP e da ConvADH.

Para compreender a "lógica" por trás da sua menção é importante recordar que a interpretação, em particular, do art. 26 do PIDCP como proibição autônoma foi, por muitos anos, uma questão aberta e contenciosa. Enfim, o CeDH optou por aquela interpretação radical que hoje prevalece, mas que atraiu, ao menos inicialmente, muita crítica. Alternativa teria sido concluir que o art. 26 meramente ampliaria o âmbito de proteção do PIDCP no sentido de que veta a aplicação discriminatória das leis e outros regulamentos em vigor. No entanto, essa noção não poderia se impor e hoje é amplamente reconhecido que proibições autônomas estipulam princípios gerais que exigem não discriminação e igualdade em todas as esferas sociais, tanto públicas como privadas.

Consequência prática dessa interpretação muito ampla é que o CeDH mostra uma certa preferência em examinar o art. 26 do PIDCP e, por isso, aplica menos frequentemente o art. 2º (1). Observa-se, porém, que ele se refere regularmente nas suas vistas a ambas as provisões. Uma das razões é que a subsunção sob as proibições acessórias é às vezes mais "confortável" assim como mais consistente, pois a análise parte neste caso de um direito humano cujo âmbito de proteção parece mais pertinente e elaborado para explicar, num próximo passo, porque ele foi violado em virtude da sua aplicação desigual.

Portanto, recomenda-se ao defensor de direitos humanos basear sua opinião jurídica em primeiro lugar nas proibições autônomas, mas também, se parecer viável, ao ter mais um fundamento de pretensão, alegar uma violação das proibições

acessórias em conjunto com um determinado direito humano. Tal procedimento é em particular preferível, se a subsunção sob um direito humano é facilitada pela existência de pertinente *case law* que dá apoio à própria opinião jurídica.

## II. O princípio da isonomia

Em razão da compreensão ampla do art. 26 do PIDCP – assim como do art. 24 da ConvADH –, o princípio da isonomia tem que ser considerado como um princípio estrutural do DIDH e como um dos seus pilares centrais. Expressão disso é o fato de que seu conteúdo principal vale hoje como costume internacional, e, como o CeDH[23] e a CorteIDH[24] sustentam (contra parte da doutrina[25] e da prática estatal), até como *ius cogens*.

Seu teor estabelece que "Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei"[26]. O art. 26 (2) do PIDCP ainda concretiza:

> A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação[27].

A seguir, seu conteúdo principal e, em particular, as restrições do seu âmbito de proteção serão brevemente esboçadas.

### 1. Conteúdo principal

Observa-se, primeiro, que o princípio da isonomia abrange dois conceitos diferentes, embora interdependentes: a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem discriminação. No entanto, a relação entre as ideias expressas por esses

---

[23] CeDH, General Comment n. 29 (2001), § 8. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. Acesso em: 12 maio 2009.

[24] CorteIDH, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*. Advisory Opinion OC-18/2003 of September 17, 2003, § 101.

[25] Cf. Brownlie, I. *Principles of International Law*. 7th ed. Oxford: OUP, 2008, p. 572 (meramente proibição da discriminação racial valendo como *ius cogens*).

[26] Art. 24 da ConvADH. O teor do art. 26 (1) do PIDCP é semelhante.

[27] Outros instrumentos internacionais enumerando motivos de discriminação não se referem à "outra situação", mas à "outra condição", contudo, sem implicar diferenças substanciais. Comp. art. 1º da DUDH e art. 1º da ConvADH.

conceitos parece obscura e, por isso, provocou, de início, interpretações diferentes do seu conteúdo[28].

Hoje, porém, existe consenso que o princípio da isonomia confere, sobretudo, um direito à igualdade, tanto no que se refere à aplicação igual das leis ("perante a lei") quanto ao direito à igualdade na legislação (igual proteção da lei), que implica o legislador não poder criar leis que discriminam. Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, o princípio determina

> primeiro, que as leis devem ser executadas sem fazer acepção às pessoas, ou seja, que devem ser aplicadas igualmente a todos; e, segundo, que o próprio legislador não pode criar leis desiguais (estando vinculado à criação de um direito igual para todos), a menos que a implantação dessa desigualdade seja necessária à efetividade da igualdade material, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual [...][29].

Ressalve-se, neste contexto, que as proibições de discriminação, e o princípio de isonomia em particular, não são somente violadas por Estados, se estes tratam, sem justificação, grupos de pessoas desiguais, embora se encontrem em situações comparáveis, mas também se estes tratam, sem justificação, grupos de pessoas iguais, embora eles se encontrem em situações não comparáveis[30].

Além disso, constata-se uma forte tendência de entender o conceito da igualdade perante a lei como direito geral à aplicação não arbitrária das leis e de outros regulamentos[31]. A consequência dessa noção é que o âmbito de proteção do princípio da isonomia é estendido muito além do conceito da igualdade formal que exige tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual – em áreas politicamente ainda mais delicadas[32]. Tal noção ampla possibilita aos órgãos judiciais examinar qualquer aplicação de lei que não pareça ser baseada em razões objetivas e razoáveis. Como será visto, tal noção é justificada, particularmente tendo em vista que a formação de grupos e parâmetros de comparação é às vezes problemática ou simplesmente não viável.

---

[28] Cf. Weiwei, L. Equality and non-discrimination under international human rights law. *Norwegian Centre for Human Rights – Research Notes 03/2004*, p. 14ss. Disponível em: <http://www.humanrights.uio.no/programmes/china/publications/0304.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2009.

[29] Gomes, L. F; e Mazzuoli, V. de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 169.

[30] Cf. CeDH, *Gillot et al. v. France*, com. n. 932/2000 (2002), § 13.3.

[31] Cf. CeDH, *Vjatšesleva Borzov v. Estonia*, com. n. 1136/2002 (2004), § 7.2; CeDH, *X v. Columbia*, com. n. 1361/2005 (2007), § 7.2 (vide também votos discordantes do Abelfallah Amal e Ahmed Tawik Khalil); CorteIDH, *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/02 of August 28, 2002, § 47.

[32] Tomuschat, C. *Human rights*: between idealism and realism. 2nd ed. Oxford: OUP, 2008, p. 51.

Três outros pontos merecem destaque:

O primeiro é que o art. 26 do PIDCP, em razão do seu *status* de proibição autônoma, até permite aos indivíduos questionar legislação discriminatória que tange os direitos econômicos, sociais e culturais. Como o CeDH constatou na famosa decisão *Broeks*, o art. 26 não obriga os Estados-Partes a adotar qualquer legislação social, mas, caso assim decidam, ela tem que ser compatível com ele[33].

> Por isso, no **Caso 1**, o Estado X está discriminando ilegalmente a senhora A por motivo de gênero, violando o art. 26 do PIDCP. O argumento que o CeDH não podia examinar implicitamente os direitos humanos garantidos pelo PIDESC não é válido[34]. Nota-se, ainda, que após a entrada em vigor do Protocolo Opcional (Facultativo)[35] ao PIDESC de 2008, o seu Comitê será igualmente competente em considerar comunicações individuais.

Segundo, enfatiza-se que é impossível apresentar a pertinente jurisprudência relativa às condições enumeradas pelo art. 26, 2 PIDCP. Como ele utiliza as palavras "a esse respeito", ele meramente especifica a constatação geral da igualdade e igual proteção, contudo, sem acrescentar algum conteúdo adicional ao art. 26, 1[36]. Recomenda-se analisar o *case-law* produzido pelos órgãos internacionais de direitos humanos e, adicionalmente, consultar livros e artigos acadêmicos que analisam este assunto. Tal procedimento é igualmente recomendável no que diz respeito à questão, sob quais condições é dada uma discriminação não enumerada por motivo de "outra condição". Até agora, o CeDH evitou estabelecer critérios para decidir quando um grupo é abrangido por essa condição, mas reconheceu, entre outros, nacionalidade, cidadania, idade, estado civil, distinção entre pais de criação e pais naturais, assim como entre empregos e desempregos como "outras condições"[37]. Demais exemplos são: orientação sexual, responsabilidade familiar e exílio do Estado[38].

> No **Caso 2**, é possível supor que a questão da "orientação sexual" deve ser subsumida sob o motivo "sexo". De fato, o CEDH optou por tal interpretação

---

[33] CeDH, *S.W. M. Broeks v. the Netherlands*, com. n. 172/1985 (1987), § 12.4.

[34] Idem. Contudo, o Brasil ainda não ratificou o Protocolo Facultativo relativo ao PIDCP.

[35] Na data da conclusão deste trabalho ainda não havia uma tradução oficial do "Optional Protocol".

[36] Weiwei, L. Equality and non-discrimination under international human rights law. *Norwegian Centre for Human Rights – Research Notes 03/2004*, p. 14ss.

[37] Cf., por exemplo, as referências em: Kitching, K. *Non-discrimination in internacional law:* a handbook for practioners. London: Interights, 2005; Choudhury, T. The Human Rights Committee´s Interpretation of ICCPR Article 26, p. 7.

[38] Idem.

> no primeiro caso que versou sobre essa problemática[39]. Hoje, contudo, é geralmente preferido se referir a "outra condição", reconhecendo o fato de que orientação sexual não está necessariamente relacionada com o comportamento sexual, por exemplo, porque também existe bissexualidade. No mais, exprime a orientação sexual em primeiro lugar sentimentos e um autoconceito e não se limita à identidade sexual. Portanto, no **Caso 2**, parece mais adequado, se referir à "outra condição"[40].

Terceiro, é importante recordar que o princípio da isonomia não somente protege contra discriminação pelos Estados e seus órgãos *de jure* e *de facto*, mas também por pessoas privadas, naturais e jurídicas. O fato, por exemplo, de uma pessoa ser discriminada em razão de sua orientação sexual por um grupo social identificável obriga o Estado a adotar medidas adequadas para eliminá-la. Observa-se, portanto, que as proibições de discriminação não somente abrangem obrigações negativas, mas também positivas.

Conclui-se, enfim, que o âmbito de proteção do princípio da isonomia é muito amplo e que o defensor de direitos humanos é quase sempre convidado para considerar a possibilidade da sua violação.

## 2. Discriminações justificadas

Contudo, como o juiz Tanaka (CIJ) observou:

> The Principle of equality before the law does not mean […] absolute equality, namely the equal treatment of men without regard to individual, concrete circumstances, but it means […], relative equality, namely the principle to treat equally what are equal e unequally what are unequal[41].

Portanto, fazer distinções jurídicas nem sempre é proibido, mas pode ser legítimo e até mesmo necessário. Nas palavras da Corte IDH:

> Precisely because equality and nondiscrimination are inherent in the idea of the oneness in dignity and worth of all human beings, it follows that not all

[39] Cf. CeDH, *Nicholas Toonen v. Australia*, com. n. 488/1992 (1994), § 8.7.

[40] Vide, no que tange à discussão sobre orientação sexual/homosexualidade e direitos humanos, as várias referências dadas por Zanghellini, A. To what extent does the ICCPR Support Procreation and Parenting by Lesbians and Gay Men? 9 *Melbourne Journal of International Law,* 2008, p. 125 (nota 92) .

[41] CIJ, *South West Africa (Liberia v. South Africa)*, July 18, 1966, ICJ Rep. 1966, p. 303 (Dissenting opinion).

differences in legal treatment are discriminatory as such, for not all differences in treatment are in themselves offensive to human dignity[42].

Todavia, as proibições gerais não se pronunciam sobre a questão sob quais condições podem ser feitas distinções legítimas. Por isso, os respectivos critérios eram estabelecidos, no decorrer dos anos, pela jurisprudência internacional e pela doutrina.

O início foi feito pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) no famoso "*Belgian Linguistic Case*" de 1968, em que foi apresentado o conceito analítico que subsequentemente foi adotado, com poucas diferenças, por outros órgãos de proteção de direitos humanos, entre outros, a Corte IDH[43]. Conforme esse conceito analítico, uma discriminação pode ser justificada, se a distinção persegue um objetivo legítimo, isto é, se existe uma "justificação objetiva e razoável" ("objective and reasonable justification")[44]. Isso significa que deve existir uma relação objetiva entre o objetivo e o tratamento ou efeito discriminatório. No mais, é mister uma relação razoável entre os fins empregados e os objetivos que devem ser realizados (proporcionalidade *stricto sensu*)[45]. Por exemplo, um objetivo razoável, mas, na verdade, pouco importante, não pode justificar discriminação, em particular, se existem medidas menos drásticas.

Alguns pormenores importantes destes pressupostos serão discutidos a seguir.

No **Caso 3**, o senhor X sofre discriminação indireta, porque não pode trabalhar como advogado. Como frequente consumidor de maconha, ele corre risco de infringir a "Lei Antidrogas", e, assim, não se trata de uma "pessoa íntegra" conforme a L-OAB. Contudo, a discriminação é justificada, porque a "Lei Antidrogas" não se dirige especificamente contra a religião Rastafari, mas protege a saúde, a ordem e a segurança pública. Não parece desproporcional não fazer concessões aos adeptos dessa religião, porque tal legalização implicaria uma série de dificuldades para se controlar efetivamente a importação, a distribuição e o transporte de maconha. Portanto, trata-se de uma discriminação justificada[46].

---

[42] Corte IDH, *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, § 56.

[43] Idem.

[44] CtEDH, *Case "Relating to Certain Aspects of the Laws of Use of Languages in Education in Belgium"*, Application n. 1474/62 et al., Judgement of 23 July 1968, § 10.

[45] Cf. CeIaDH, *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/02 of August 28, 2002, § 47. O CeDH utiliza, no General Comment n. 18 (1989), § 13, a fórmula: "[...] not every discrimination of treatment will constitute discrimination, if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant".

[46] Cf. CeDH, *Mr. Gareth Anver Prince v. South África*, com. n. 1474/2006 (2007), § 7.3 e 7.5.

## III. A estrutura do exame das proibições gerais de discriminação

Como vimos acima, a estrutura de exame[47] das proibições de discriminação, seja direta ou indireta, consiste, a princípio[48], de dois elementos:

(1) a existência de um ato de discriminação e

(2) a falta de uma causa de justificação para isso.

Observa-se, primeiro, que há uma diferença importante entre esses dois elementos que o defensor de direitos humanos deve recordar que se refere ao *ônus da prova*: cabe ao agravante apresentar às provas e indícios que documentam a existência do ato de discriminação. Habitualmente, basta seu estabelecimento *prima facie*, isto é, a apresentação de comprovantes que deixam a violação da proibição de discriminação aparecer provável[49]. Cabe, então, ao Estado, comprovar que a alegação feita não tem fundamento. Em outras palavras: é o Estado que deve comprovar que a discriminação é justificada[50].

### 1. Existência de um ato de discriminação

O método "clássico" de estabelecer a existência de um ato de discriminação é comparar a posição do agravante, como membro de um grupo discriminado, com outros grupos ou indivíduos não discriminados em situações iguais ou sua equiparação injustificada com grupos ou indivíduos em situações diferentes. Para isso, é primeiro necessário dar razão porque o agravante é protegido contra a discriminação. Recomenda-se explicar qual condição de discriminação vetada (sexo, cor, idioma etc.) é pertinente[51]. No mais, é necessário escolher cuidadosamente um grupo comparador e tornar transparentes os argumentos, porque exatamente este grupo é comparável e porque o agravante sofre detrimentos comparativos.

Esse método aplica-se também aos casos de discriminação indireta. Nesses, deveria ser acentuado o efeito negativo e desproporcional ao grupo ao qual pertence o agravante.

---

[47] Vide também as explicações sobre a interpretação e subsunção de direitos humanos nos §§ 9 e 10 deste *Manual*.

[48] Existem modelos mais ou menos semelhantes. Importante é conhecer a técnica principal.

[49] Kichting, K. *Non-discrimination in international law:* a handbook for practioners. London: Interights, 2005, p. 115. Disponível em: <http://www.interights.org/handbook/index.htm>. Acesso em: 12 jun. 2009.

[50] Idem.

[51] Nota-se que, no caso de examinação de uma proibição acessória, primeiro é mister mostrar que o/a agravante é protegido por um direito humano.

Observa-se, contudo, que o requerimento da utilização de grupos comparadores frequentemente causa dificuldades ético-filosóficas. Pergunta-se, às vezes, se é realmente "justo" e adequado comparar o grupo em questão com outros, por exemplo, uma determinada posição jurídica de uma minoria com a da maioria. No mais, a aplicação prática do método "clássico" nem sempre é viável. Por exemplo, é plausível a existência de um grupo igualmente discriminado como o do agravante – fato que não necessariamente implica a inexistência de discriminação. Em outros casos é simplesmente muito difícil ou até impossível achar uma referência adequada. Exemplos são os casos "trans-gender" e "transsexuais", que teoricamente permitem comparar a situação das vítimas tanto como entre as de pessoas do sexo masculino como as pessoas do sexo feminino. Portanto, há, às vezes, dúvida se é realmente possível estabelecer grupos comparadores com base nos critérios objetivos e adequados.

Uma solução para escapar do dilema é comparar a situação da vítima diante do pano de fundo do ideal da dignidade humana e se referir aos padrões de tratamentos não discriminatórios amplamente reconhecidos pela comunidade de Estados, seja em instrumentos internacionais, seja em suas próprias constituições. Ao não correr risco de se esquecer de argumentos importantes, o defensor de direitos humanos deve sempre apresentar tais considerações adicionais. Em particular, o sistema interamericano de direitos humanos mostra considerável prontidão em aceitar tais argumentos.

No entanto, o defensor de direitos humanos não deve gastar seu tempo com a tentativa de comprovar que o Estado culpado pretendeu discriminar a vítima. Nem em casos de discriminação direta a prova de um elemento subjetivo é necessária[52].

## 2. Falta de uma causa de justificação

Após a constatação da existência de uma discriminação, é preciso examinar se ela poderia ser justificada. Essa análise parte da questão se ela se baseia em um objetivo legítimo. Como vimos, cabe em primeiro lugar ao Estado explicar porque ele optou por um tratamento igual ou desigual. No entanto, o defensor de direitos humanos deve tentar antecipar a argumentação apresentada pelo Estado e examinar cuidadosamente sua consistência e legitimidade. Nota-se que, em particular, ações afirmativas 🖹 muitas vezes se baseiam em objetivos legítimos.

> O **Caso 4** é exemplo para uma discriminação justificada em razão de uma ação afirmativa. Trata-se de um objetivo legítimo empregar de modo preferencial

[52] Cf. CeDH, *Simunek et al. v. Czech Republic*, com. n. 515/1992 (1995), § 11.7; Corte IDH, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*. Advisory Opinion OC-18/2003 of September 17, 2003, §§ 89ss.

pessoas que eram demitidas por razões políticas durante a ditadura[53]. O senhor A tem de aceitar o fato de que ele tem de sofrer detrimentos pessoais por conta de medidas que têm em vista a correção de injustiças históricas.

Caso o objetivo seja legítimo, pergunta-se se a distinção feita é proporcional, em particular, se havia medidas menos drásticas. O exame do princípio da proporcionalidade no direito internacional de direitos humanos é, neste ponto, muito comparável com o direito constitucional. Por essa razão deve bastar, neste passo, o aviso de que se trata, em primeiro lugar, de um processo de ponderação, que leva em conta os argumentos mais pesados e contrapô-los. Trata-se de um trabalho, muitas vezes, subestimado pelos defensores de direitos humanos, mas que frequentemente merece a maior atenção e que necessita conhecimento seguro e profundo do caso em questão.

**Informação útil na internet:** Há dois livros sobre não discriminação no Direito Internacional Público gratuitamente disponíveis na internet que informam de modo abrangente e atual: Zuloaga, Patrícia Palacios. *La no discriminación:* estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación (2006). Disponível em: <http://www.comunidadesegura.org/pt-br/node/41550>, e Kichting, Kevin. *Non-discrimination in international law:* a handbook for practitioners (2005). Disponível em: <http://www.interights.org/handbook/index.htm> (ambos acessados em: 15 maio 2009).

No mais, recomenda-se, para conhecer pertinente jurisprudência internacional, a consulta do sítio da professora A. F. Bayefsky, <http://www.bayefsky.com>.

## § 22 As proibições especiais de discriminação (seleção)

**Sumário:**


I. A proibição da discriminação de mulheres
   1. Proteção material-jurídica
   2. Proteção processual-jurídica
II. A proibição da discriminação racial
   1. Proteção material-jurídica
   2. Proteção processual-jurídica


**Bibliografia:** Byrnes, A.; Graterol, M. Violence against women: private actors and the obligation of due diligence. 15 *Interights Bulletin* (2006), p. 156; Espinoza, O. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.* Almeida, G.A. de; Perrone-Moisés, V. (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos:* instrumentos básicos. 2. ed.

[53] Cf. CeDH, *R.D. Stalla Costa v. Uruguay*, com. n. 198/1985 (1987), § 10.

São Paulo: Atlas, 2007, p. 40; Fredman, S. Ed.) *Discrimination and human rights:* the case of racism. Oxford: OUP, 2001; Klein, E. (Ed.). *Rassische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten.* Berlin: BWV, 2002; Knop, K. *Gender and human rights.* Oxford: OUP, 2004; Wolfrum, R. *Discriminação, xenofobia e racismo.* In: Symonides, J. (Org.). *Direitos humanos:* novas dimensões e desafios. Brasília, 2003, p. 237-256.

> **Caso 1**: A senhora A sofreu graves agressões físicas por parte de seu marido. Embora ele já tenha sido condenado pela primeira instância por homicídio tentado, a interposição de recursos, cuja decisão demora anos, permite a ele ficar em liberdade. A senhora A considera isso uma violação do art. 7 da Convenção de Belém do Pará de 1994, que, entre outras, obriga o Estado a "atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violação contra a mulher". O Estado, nesta situação, viola sua obrigação internacional?
>
> **Caso 2**: O senhor B pertence a um povo indígena e não domina a língua portuguesa. Sua descendência indígena é evidente para todos. Um dia o senhor B quis almoçar em um restaurante, mas não foi atendido. Segundo o gerente, não se tratava de um restaurante racista, mas de um lugar que somente atende "clientes honestos". O senhor B não aceita o acontecimento e pede à autoridade competente para realizar uma investigação. Poucos dias depois ele recebe a ordem de suspensão da investigação, que o informa que a pertinente lei meramente proíbe atos racistas implicando "violência, danos à saúde e outros prejuízos altamente sérios". O senhor B considera a decisão e a lei incompatíveis com a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e submete uma comunicação ao Comitê deste tratado internacional. Ela terá sucesso?

Em princípio, os direitos humanos protegem todos os seres humanos. Não obstante, há uma série de instrumentos que oferecem proteção especial a determinados grupos e que preveem a promoção sustentável dos seus direitos. Em outras palavras: esses instrumentos excluem pessoas sem filiação ao grupo protegido. Tal tratamento preferencial justifica-se em face do fato de que essas pessoas ainda são mais vulneráveis que outras, razão pela qual parece adequado concretizar o conteúdo dos seus direitos humanos já reconhecidos. A ideia é mais efetivamente superar a discrepância entre a pretensão dos direitos humanos e sua efetiva realização.

No decorrer dos anos, desenvolveram-se complexos sub-regimes dentro do DIDH que não podem ser expostos com a devida atenção neste *Manual*. A seguir, serão somente dados alguns avisos práticos no que se refere à proteção especial de dois grupos vulneráveis importantes: relativo à discriminação de mulheres e relativo à discriminação racial.

## I. A proibição da discriminação de mulheres

Há séculos, mulheres no mundo inteiro lutam pelo reconhecimento da igualdade de direitos. Muitas conquistas importantes foram feitas. Contudo, até nos países democrático-liberais do mundo ocidental ainda se está longe de poder falar sobre plena realização da igualdade entre homens e mulheres em todos os níveis da sociedade. Prova disso são os esforços para combater a violência doméstica contra mulheres, que só há pouco tempo chama a atenção dos Estados e da sociedade civil.

### 1. Proteção material-jurídica

Quanto à proteção material-jurídica de mulheres, repete-se, primeiro, que elas são protegidas pelas proibições gerais, por exemplo, pela proibição da condição "sexo", do art. 2 do PIDCP. Pergunta-se, então, qual é a função do seu art. 3º, que obriga os Estados a "[...] assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos".

Observa-se que o art. 3º é formulado de modo positivo, assim enfatizando que cabe aos Estados a tomada de medidas para reduzir e, se possível, eliminar as diferenças entre os dois sexos. Contudo, tanto o art. 2º como o art. 3º do PIDCP são direitos acessórios que só podem ser violados com outros direitos humanos garantidos pelo Pacto. Portanto, a diferença não é de natureza estrutural. Apesar dessas duas provisões, constata-se que a proteção oferecida às mulheres contra discriminação pelo PIDCP é repleta de lacunas, porque não diz respeito à complexidade do problema que se tem de enfrentar. Por essa razão, a comunidade de Estados elaborou instrumentos adicionais para a promoção e a proteção dos direitos humanos da mulher. Os mais importantes serão brevemente expostos.

No nível universal, o instrumento mais importante é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDCM (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW), de 1979. O Brasil[54] e demais 185 Estados aderiram à Convenção[55]. Infelizmente constata-se um excessivo uso de reservas pelos Estados-Partes, às vezes com conteúdo incompatível com o objeto e a finalidade desse tratado[56]. Portanto,

---

[54] Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.

[55] Cf. <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Acesso em: 15 maio 2009.

[56] Cf. Steiner, H. J.; Alston, P.; Goodman. *International human rights in context:* law, politics, morals: text and materials. 3. ed. Oxford: OUP, 2007, p. 1125.

repete-se o aviso aos defensores de direitos humanos: não estudar somente o texto do instrumento, mas também verificar se o Estado mudou seu conteúdo mediante uma reserva.

No art. 2º da CEDCM, que é autônomo, os Estados comprometem-se, entre outros, a assegurar por lei a realização prática do princípio da igualdade entre homens e mulheres, a adotar medidas adequadas com sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher, a estabelecer proteção jurídica dos direitos da mulher em uma base de igualdade com os do homem e a garantir, por meio de tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação.

Nota-se, então, que as medidas a serem tomadas e a proteção a ser oferecida não se limitam à esfera estatal ou pública, mas abrangem, como o art. 3º explica, também as esferas sociais, econômicas e culturais.

Outro ponto importante é que o art. 4º da CEDCM *expressis verbis* justifica e exige "[...] medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher [...]", confirmando que ações afirmativas e outras formas da chamada *discriminação positiva* "[...] não se considerará discriminação na forma definitiva nesta Convenção [...]".

Por isso, como já foi mencionado no passo anterior, a expressão "discriminação positiva" parece inadequada no contexto da tomada de medidas que tem em vista a correção de igualdades históricas e estruturais.

Os catorze artigos da parte material da CEDCM concretizam, entre outros, os direitos da mulher à educação, à participação política e à saúde, por exemplo, proibindo sanções e a demissão por motivo de gravidez[57]. Sua leitura é recomendada.

Quem de fato ler essas normas, descobrirá que a CEDCM contém poucas manifestações referentes à violência contra mulheres – um grande desafio da nossa época. Como já dito, há pouco tempo ela é considerada uma problemática que tange também aos direitos humanos. Só em 1993, a Assembleia-Geral da ONU adotou uma Declaração sobre a Eliminação da Violência contra Mulheres[58]. Embora se trate de um instrumento não vinculante, ela é importante porque define, em seu art. 1º, o termo "violência contra mulheres" e dá, no art. 2º, vários exemplos para tais atos, sendo, desse modo, uma referência preciosa quando se interpretam tais casos. O mesmo vale para os outros dispositivos da Declaração que igualmente concretizam,

[57] Art. 11 (1) f, a) da CEDCM.
[58] UN doc. A/Res/48/104, 20 December 1993.

com o Comentário Geral n. 19[59] do Comitê da CEDM, a proteção da mulher contra violência sob a Convenção de 1979.

Nesse contexto, ressalva-se outra medida importante tomada pela Assembleia-Geral da ONU: a nomeação de uma Relatora-Especial sobre Violência contra Mulheres. Sua tarefa consiste em monitorar e implementar a Declaração da ONU. Os documentos elaborados por ela representam fontes de informação muito úteis para defensores de direitos humanos[60].

Poucos meses após a Declaração, foi adotada, em nível regional, a Convenção Interamericana sobre Violência contra Mulheres, a chamada "Convenção de Belém do Pará". Ela abrange 25 artigos e baseia-se na definição contida na Declaração da ONU[61]. O Brasil[62] e mais trinta Estados americanos aderiram a essa Convenção[63].

Além disso, observa-se a existência de instrumentos especiais designados para proteger mulheres contra prostituição forçada e outras formas de tráfico de pessoas – casos especiais de violência contra mulheres. Trata-se de fenômenos que os Estados já tentavam combater no início do século passado, mas que persistem até hoje[64]. Os detalhes dessa tragédia e as medidas tomadas pela comunidade internacional para ajudar as vítimas e punir os criminosos não podem ser expostos aqui. Importante é estar ciente de que o art. 6º da CEDM dedica-se a esse assunto e que ele é tratado, em nível universal, em primeiro lugar, no contexto do combate ao crime organizado. A chamada "Convenção de Palermo", a Convenção da ONU contra Crime Organizado Transnacional de 2000[65], é suplementada por um Protocolo "relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças"[66]. Ele contém normas concretizando os direitos humanos das suas vítimas[67]. No mais,

---

[59] CEDMCe, General Comment n. 19 (1992). Até agora, o CEDMCe já produziu 26 "General Comments" que ele chama de "General Recommendations". Eles estão disponíveis em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

[60] Cf. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/themes.htm>. Acesso em: 15 maio 2009. Atualmente a Relatora é a senhora Yakin Erktürk (Turquia).

[61] Art. 1º da Convenção de Belém do Pará.

[62] Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. O texto do tratado está disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

[63] Cf. <http://www.oas.org/cim/english/Laws.Rat.Belem.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

[64] Vide para uma boa visão geral sobre os pertinentes instrumentos internacionais: Wiecko, Ela. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: Ministério da Justiça (Ed.). *Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília, 2007, p. 10-15. Disponível em: <http://www.reporterbrasil.com.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf>. Acesso em: 15 maio 2009.

[65] Ratificado pelo Brasil: Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_5015_2004.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

[66] Ratificado pelo Brasil: Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_5017_2004.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

[67] Cf. Heintze, H.-J.; Peterke, S. Inhalt und Bedeutung des VN-Protokolls zur Verhütung, Unterdrückung und Bestrafung

há uma Relatora-Especial da ONU sobre Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, que se dedica a reforçar os esforços internacionais contra esse crime horroroso[68].

Outro ponto que deve ser cuidadosamente observado é a questão da igualdade da mulher no ambiente de trabalho. A OIT, em particular, produz uma série de instrumentos vinculantes e não vinculantes destinados a eliminar a persistente desigualdade entre homens e mulheres em suas relações de trabalho[69].

## 2. Proteção processual-jurídica

Os direitos contidos na CEDM podem ser processados por meio de comunicações individuais perante seu Comitê. Pressuposto é que o Estado acusado de ter violado os direitos da mulher ratificou o Protocolo Facultativo à CEDM que prevê tal competência. Atualmente, o Brasil[70] e mais 96 Estados aderiram à Convenção[71]. Os principais detalhes processuais já foram explicados na Parte 2 deste *Manual*. Consulte também, para informações adicionais, o sítio oficial do CEDMCe[72].

No que se refere, em particular, à imposição da Convenção de Belém do Pará, é notável o papel da Comissão Interamericana de Mulheres, assim como o seu art. 12 que estipula:

> Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros [...] poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições que contenham denúncias ou queixas de violação do artigo 7 da presente Convenção.

Por isso, é recomendada a leitura do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará e recordado o fato de que a CIDH pode, caso ela não seja capaz de chegar a uma solução amigável, encaminhar a queixa à Corte IDH. Portanto, violações da Convenção de Belém do Pará podem ser tramitadas por meio de um verdadeiro processo judicial.

---

des Menschenhandels. *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict*, v. 21, n. 1, 2008, p. 9; Raymond, J.G. The New UN Trafficking Protocol. *Women´s Studies International Forum*, v. 25, n. 5, 2002, p. 491.

[68] Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/themes.htm>. Acesso em: 15 maio 2009. Atualmente a relatora é a senhora Joy Ngozi Ezeilo (Nigéria).

[69] Vide a informação disponível no *site* da OIT: <http://www.ilo.org/global/Themes/Equality_and_Discrimination/lang--en/index.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

[70] Decreto n. 4.316, de 30.7.2002.

[71] Cf. <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Acesso em: 15 maio 2009.

[72] Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/index.htm>. Acesso em: 15 maio 2009.

No **Caso 1**, a liberdade do marido da senhora A pode ser considerada uma violação do art. 7 da Convenção de Belém do Pará. Cabe ao Estado a obrigação da diligência devida, de assegurar que a decisão do recurso impetrado seja analisado dentro de um prazo razoável e não resulte em impunidade[73].

**Informações úteis na internet:** Importante trabalho é realizado por ONGs nesse campo. Vide, por exemplo, o *site* do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem): <www.cladem.org>; ou da Equality Now: <www.equalitynow.org> (ambos acessados em: 15 maio 2009). Visite também os da Comissão Interamericana de Mulheres: <http://portal.oas.org/Default.aspx?tabid=621&language=en-US>; e do International Council of Women: <www.icw-cif.org> (ambos acessados em: 15 maio 2009).

## II. A proibição da discriminação racial

Embora não haja raças humanas no sentido biológico, é fato lamentável que exista racismo como fenômeno social. Para sociólogos, o critério da "raça" é resultado de uma atribuição coletiva para designar um grupo de pessoas que se consideram diferentes de outros ou se percebem assim por conta de características físicas, culturais etc. Portanto, "racismo" pode ser definido como conjunto de suposições, opiniões e ações falsas decorrentes da crença de que um grupo seja superior ao outro. Como atitude social, ele muitas vezes resulta do sentimento de ódio aos "outros", na sua opressão e subordinação, produzindo estruturas sociais e até institucionais que excluem os indivíduos e grupos discriminados[74]. *Apartheid*, por exemplo, refere-se a um sistema de racismo institucionalizado que legaliza práticas de discriminação racial.

De fato, foram o Holocausto e os regimes de *apartheid* pós-guerra, em particular na África do Sul, que fizeram a comunidade de Estados, nos anos 1960, elaborar um instrumento universal que concretiza e torna vinculante as proibições de discriminação racial contidas na Carta da ONU e na Declaração Universal dos Direitos Humanos[75]. No dia 21 de dezembro de 1965, a Assembleia-Geral da ONU adotou, ainda antes dos dois Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção Internacional

---

[73] Cf. CIDH, *Maria da Penha v. Brazil,* Case 12.051, Report n. 54/01. § 58. Vide também uma discussão das recentes decisões do CEDMCe: Byrnes, A.; Bath, E. Violence against women, the obligation of due diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: recent developments. 8: 3 *Human Rights Law Review,* 2008, p. 517-533.

[74] Cf. Benedek, W. *Understanding human rights:* manual on human rights education. Wien; Graz: NWV, 2006, p. 106.

[75] Cf. os arts. 1º (3), 55 c), 56, e 76 c) da Carta da ONU, os arts. II (1) e XVI da DUDH.

sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIEDR)[76]. Hoje, a CIEDR conta com 173 Estados-Partes[77], incluindo o Brasil[78].

## 1. Proteção material-jurídica

O art. 1º (2) da CIEDR define o termo "discriminação" de forma ampla, referindo-se a

> [...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública.

Desse modo, a definição abrange, entre outros, a perseguição de judeus, a discriminação de pessoas em razão da sua cor de pele ou da sua pertinência a um grupo étnico ou um povo indígena[79].

Nota-se, contudo, que a CIEDR permite fazer distinções entre cidadãos e não cidadãos[80]. Para isso ela pressupõe um objeto legítimo – raça, cor de pele, descendência, origem nacional ou étnica não podem ser causas de justificação[81]. No mais, o art. 1º (3) esclarece que é proibido, em especial, distinguir entre grupos diferentes de migrantes ou entre requerentes de asilo e refugiados com base nessas características.

O art. 2º da CIEDR obriga aos Estados-Partes uma política da eliminação da discriminação racial, requerendo uma série de medidas eficazes que garantam igualdade efetiva e encorajem a promoção do entendimento mútuo. Além disso, o art. 3º da CIEDR condena a segregação racial e o *apartheid*, seguido pelo art. 4º que estipula a obrigação de "[...] adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo".

Tais atos devem ser penalizados. A obrigação é complementada pelo art. 5º da CIEDR que garante o direito à igualdade perante a lei, sem discriminação de raça, de

---

[76] Resolução 2106 (XX) da Assembleia-Geral da ONU. Título oficial em inglês: International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – CIERD.

[77] Vide: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Acesso em: 15 jun. 2009.

[78] Decreto n. 65.810, de 8.12.1969.

[79] Cf., no que se refere à proteção de povos indígenas pela CIEDR, Thornberry, P. CERD and Indigenous Peoples. 13:3 *Interights Bulletin,* 2001, p. 96.

[80] Art. I (2) da CEDR.

[81] CICEDR, General Comment n. 11 (1993), § 3.

cor ou de origem nacional ou étnica. Sua letra "f" esclarece que isso implica "[...] o direito de acesso a todos os lugares e serviços destinados ao uso do público, tais como meios de transporte, hotéis, restaurantes, cafés, espetáculos e parques".

Enfim, o art. 6º da CIEDR exige dos Estados-Partes a proteção eficaz de pessoas atingidas. A garantia de recursos eficazes faz parte dessa obrigação.

> No **Caso 2**, a legislação do Estado em questão não está em conformidade com o art. 5º (f) da CIEDR. Tivesse o Estado implementado de forma adequada a normativa, o senhor B disporia de uma base legal que obrigaria a autoridade competente a uma verdadeira investigação. Portanto, sua comunicação individual terá sucesso[82].

Enfim, o art. 7º requer a tomada de medidas imediatas no campo de ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra preconceitos.

## 2. Proteção processual-jurídica

O Comitê[83] para a Eliminação da Discriminação Racial (CEDR) é autorizado para considerar comunicações individuais, desde que haja uma declaração do Estado que reconheça sua competência[84]. O Brasil depositou tal declaração à Secretaria Geral da ONU em junho de 2002[85]. O procedimento é semelhante àquele perante o Comitê de Direitos (vide Parte 2 deste *Manual)*. Além disso, recomenda-se uma visita ao *site* do CEDR[86], que contém informações adicionais relativas à submissão de uma petição individual, seus comentários gerais e sua jurisprudência[87].

**Informações úteis na internet:** Exemplos de ONGs que desenvolvem trabalho importante e competente nesse campo de ação são a Anti Racism Network (<http://www.antiracismnet.org>) e o International Movement Against All Forms of Discrimination and Racism (<http://www.imadr.org>) (acessados em: 20 jun. 2009). O artigo de Wolfrum, R. Discriminação, xenofobia e racismo. In: Symonides, J. (Org.). *Direitos humanos: novas* dimensões e desafios. Brasília, 2003, p. 237-256. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001340/134027por.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2009.

---

82 Cf. CEDR, *Miroslav Lacko v. Slovak Republic*, com. n. 11/1998 (2001), § 11.

83 Uma visão geral sobre o trabalho do CEDR: é dada por: Wolrum, R. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination. 3 *Max Planck Yearbook on United Nations Law*, 1999, p. 489-519.

84 Art. 14 da CIEDR.

85 Decreto n. 4.738, de 12.6.2003.

86 Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/index.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

87 Vide <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009. Leia também o artigo de Boven, T. van. The Petition System under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: a sobering balance-sheet. 4 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 271-287, 2000.

# Capítulo 10: Direitos humanos coletivos

## § 23 Direitos dos povos indígenas

**Sumário:**


I. Necessidade e configuração da proteção dos povos indígenas
   1. Dificuldades de definição
   2. Dificuldades de delimitação
II. Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas
   1. Trabalhos preliminares para a criação da Declaração
   2. Controvérsia sobre o direito de autodeterminação dos povos indígenas
III. Aceitação dos povos indígenas pela OIT
   1. A Convenção da OIT n. 107 de 1957
   2. A Convenção Sucessória n. 169 de 1989
IV. Atividades da OEA
V. Direitos essenciais dos povos indígenas na Declaração da ONU
   1. Direito de autodeterminação dos povos indígenas
   2. Outros direitos de autoadministração
   3. A implementação dos direitos dos indígenas
      a. O procedimento de relatórios dos Estados
      b. O procedimento individual de agravo



**Bibliografia:** Alfredsson, G. Indigenous populations. In: Bernhardt, Rudolf (Ed.). *Encyclopedia of Public International Law.* Amsterdam: Elsevier, 1995, v. 2, p. 946; Anaya, S. J. *Indigenous peoples in international law.* 2. ed. New York: OUP, 2004; Cobo, M. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations,* UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1987); Hawkins, D. Indigenous rights and the promise of a limited autonomy model. In: Skurbaty, Z. A. (Ed.). *Beyond a one-dimensional state:* an emerging right to autonomy? Leiden: Martinus Nijhoff, 2005, p. 337; Pasqualucci, J. M. The evolution of international indigenous rights in the inter-american human rights system. In: *Human Rights Law Review* 6 (2006), p. 281; Thornberry, P. *Indigenous peoples and human rights.* Manchester: Juris Publishing, 2002; Wolfrum, R. The protection of indigenous peoples in international law. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 59 (1999), s. 381.

O estatuto jurídico dos povos indígenas está sendo discutido internacionalmente há anos, sobretudo em países como o Brasil. O Brasil professou expressamente, no seu último relatório oficial às Nações Unidas – Comissão de Direitos Humanos, suas obrigações para com grupos de povos indígenas:

> 13. With regard to the social groups that make up the Brazilian State, the Federal Constitution (article 215, paragraph 2) mandates that the States shall protect popular, indigenous, and Afro-Brazilian cultural expressions, as well as those of other groups engaged in the nation's civilizing process. In this context, the groups that warrant special mention are the country's indigenous peoples and the runaway slave communities (*quilombos*).
>
> 14. The indigenous policy adopted by the Brazilian State is prescribed by Chapter VIII (articles 231 and 232) of the Title designated the Social Order. The social organization, customs, languages, beliefs, and traditions of indigenous communities are recognized, as are their original rights to the land they have traditionally occupied[1].

Não é de se admirar que o assunto esteja pelo mundo afora na agenda dos direitos humanos. Com efeito, calcula-se que existam mais de 370 milhões de indígenas que vivem nas piores condições, sofrendo expulsão, roubo de suas terras e grande pobreza, devendo ser considerados vítimas da política colonial. Nesse contexto é o dever da Comunidade de Estados proteger esse grupo de pessoas. Por esse motivo, este tema está há 25 anos na pauta da ONU.

## I. Necessidade e configuração da proteção dos povos indígenas

A proteção dos povos indígenas (também denominados povos autóctones ou aborígines) tornou-se, nas últimas décadas, uma das ênfases das atividades daquelas organizações internacionais empenhadas na salvaguarda dos direitos humanos. Isso se atribui à circunstância de que a codificação dos direitos humanos, nos dias atuais, apresenta uma densidade excepcional e que a proteção de grupos vulneráveis se encontre no centro desse corpo jurídico. À luz das experiências históricas é fato incontestável que a sobrevivência dos povos indígenas e a proteção de suas culturas só sejam possíveis em escala mundial, com os Estados em questão e Comunidade de Estados desempenhando um esforço coletivo.

[1] UN-Doc: CCPR/C/BRA/2004/2 (2005).

As relações do Estado atual com os povos indígenas complicam-se porque, nos tempos da colonização, vigorava a opinião de que as terras conquistadas dos povos indígenas seriam terras de ninguém (*terra nullius*), que poderiam ser ocupadas pelos Estados "civilizados". Assim argumentava Lindley, ainda no início do século passado: "To these territories the European colonial nations applied the doctrines relating to acquisition of territory that was terra nullius"[2]. De acordo com o direito internacional moderno, tal concepção é inadmissível; porém surge o problema: até que ponto poderá ser admitida uma ilegalidade retroativa.

Independentemente da resposta a essa questão fundamental, existe o consenso de que a segurança e a assistência aos povos indígenas são essenciais para a sua sobrevivência e para a recuperação de sua dignidade. Contudo, para isso não é suficiente a proteção geral das minorias, garantida pelo Direito Internacional Público. Pelo contrário, os direitos dos povos indígenas ocupam uma posição especial porque, do ponto de vista técnico do direito, diferentemente dos direitos humanos e da proteção das minorias previstos pelo direito internacional, não podem ser configurados como parte da proteção dos direitos individuais. Na regulamentação sobre os povos indígenas, trata-se da segurança de direitos coletivos, que também podem ser denominados de direitos de grupo.

**Pergunta:** Qual a diferença entre direitos coletivos e direitos individuais?

## 1. Dificuldades de definição

Muitas perguntas em aberto resultam do fato de que o Direito Internacional Público desconhece definições jurídicas para seus sujeitos fundamentais. Assim inexiste uma definição legal obrigatória e geral para o conceito de povo indígena. Em última instância são os países que decidem quais grupos existentes sob sua jurisdição têm o *status* de um povo indígena. Em seguida, os Estados em questão fixam a configuração concreta dos direitos dos indígenas, o que resulta na possibilidade de as qualificações e os direitos derivados serem diferentes de um Estado para o outro.

**Caso 1:** A minoria sórbia do leste da Alemanha vive desde sempre na região habitada por ela; lá se extrai lignite, o que causa um imenso dano ao meio ambiente. A organização da minoria sórbia exige, por este motivo, ser tratada

[2] Lindley, Mark F. *The acquisition and government of backward territory in international law*. London: Longmans Green Publishers, 1926, p. 47.

como povo indígena, fazendo valer seu direito à proteção de seu território, de tal forma que a exploração dos recursos naturais dependerá de sua aprovação. Com razão?

É verdade que foram submetidas pela ciência propostas para a identificação dos povos indígenas, as quais poderão em princípio ser aplicadas na prática dos Estados. Nesse contextos remete-se à definição apresentada pelo Relator Especial das Nações Unidas, Martinez Cobo:

> Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems[3].

No final das contas, essa definição largamente aceita baseia-se em critérios objetivos e subjetivos. São considerados critérios objetivos etnia, cultura, história, idioma e continuidade histórica, mas, sobretudo, o último aspecto mencionado é frequentemente muito problemático, já que a história dos povos indígenas caracteriza-se por muitas quebras, motivadas pela colonização. Um outro critério objetivo é a relação especial com o território e a natureza. O primeiro foi tirado dos povos indígenas, os proprietários originais, à força ou mediante contratos, pelos colonizadores, geralmente europeus. A consequência de não viverem no seu *habitat* tradicional dificulta a aplicação desse elemento da definição.

Constitui o aspecto subjetivo da definição o sentimento individual do indígena de fazer parte de seu povo. Além disso, depois do modo funcional de examinar a situação, há a consideração das condições concretas de vida.

**Pergunta:** Quais características dos povos indígenas foram estudadas pela ciência?

Ainda que uma série de critérios para a identificação dos povos indígenas seja correntemente aceita, não se pode deduzir uma definição legal válida para todos os casos, já que os países dão pesos diferentes aos diversos critérios. Aceitos por todos como

[3] Cobo, Martinez. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*. UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (1987).

povos indígenas são os aborígines australianos, os índios norte-americanos, os Inuits e os Maoris da Nova Zelândia e os Samis da Escandinávia. A ordem jurídica brasileira protege igualmente as "comunidades indígenas" encontradas sob a sua jurisdição.

Apesar do reconhecimento geral do *status* de grupos indígenas, a configuração de suas posições de direito são bastante diferenciadas.

> **Observe:** Chama a atenção a regulamentação basicamente diferente também em países que, como na América do Norte, pertencem ao mesmo círculo cultural[4].

Em muitos casos, os Estados recusam-se a satisfazer o pedido de reconhecimento de *status* especial por parte de grupos verdadeiramente indígenas ou apenas assumidos.

## 2. Dificuldades de delimitação[5]

Todo o debate complica-se porque os povos indígenas frequentemente são vistos como minorias. Assim relata o Brasil no seu relatório à Comissão das Nações Unidas para Direitos Humanos sobre a situação de suas *comunidades indígenas* com base não no art. 1 (Direito de Autodeterminação dos Povos) do Pacto dos Direitos Humanos das Nações Unidas, mas sim com base no art. 27 (Minorias). Essa falta de clareza na conceituação levou a UN-Subcommission on the Promotion and Protection of Human Rights, em 2000, a elaborar as diferenças entre ambas as entidades legais.

> What is normally held to distinguish indigenous peoples from other groups is their prior settlement in the territory in which the live, combined with their maintenance of a separate culture which is closely linked to their particular ways of using land and natural resources[6].

No documento da subcomissão, chama-se a atenção para uma opinião largamente difundida de que, no tocante a direitos das minorias, trata-se de direitos resultantes de experiências europeias, enquanto os direitos dos indígenas seriam influcienciados pelas "Americanas" e pela Região do Pacífico (a denominada Blue Water Doctrine).

**Pergunta:** Segundo sua opinião, por meio de quais critérios diferenciam-se os direitos das minorias dos direitos dos povos indígenas?

---

[4] Cf. Williams-Vedder, Petra. *Die Rechtsstellung der eingeborenen Völker in den USA und Kanada nach nationalem Recht und Völkerrecht*, Frankfurt/M.: Peter Lang, 1995.

[5] Cf. Thornberry, Peter. *Indigenous peoples and human rights*. Manchester: Juris Publishing, 2002.

[6] UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/10 (2000), § 24.

As caracterizações dos direitos dos povos indígenas salientam as grandes indefinições na conceituação dos titulares desses direitos. Porém Daes alerta para a diferença jurídica fundamental: "In my opinion, the principal legal distinction between the rights of minorities and indigenous people in contemporary international law is with respect to internal self-determination [...]"[7]. Simultaneamente constata-se que não existe uma definição geral do titular dos direitos dos povos indígenas. Ainda assim, nos últimos 50 anos conseguiu-se pelo menos concretizar os direitos dos indígenas mediante trabalhos de codificação mais apurados, efetuados por organizações internacionais. O direito da autodeterminação desempenhou nesse contexto um papel importante.

**Resposta ao estudo de Caso 1:** Embora inexista uma definição legal dos povos indígenas, na prática dos Estados configurou-se a posição de que minorias étnicas, linguísticas, culturais ou religiosas não podem reivindicar o *status* de povos indígenas. Ao contrário, trata-se, nesse último caso, de grupos que já antes da colonização povoavam uma área e ali viviam de forma continuada. Tornaram-se vítimas da colonização e ainda assim não perderam a sua identidade. Em geral, seu *status* lhe foi reconhecido pelo Estado no qual vivem.

## II. Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas[8]

Após 25 anos de uma discussão controvertida sobre os direitos dos povos indígenas, a Assembleia Geral das Nações Unidas votou uma declaração sobre esse tema.

**Tarefa:** Leia essa Declaração[9].

A Declaração foi aprovada com 143 votos a favor, quatro votos contra e onze abstenções. Isso comprova uma larga aprovação das comunidades das nações. Também na bibliografia acadêmica o documento foi bem recebido.

O documento foi aceito não na forma de um contrato internacional legal e válido, mas sim como uma resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas. Uma declaração é, de um lado, um documento legal e válido, mas, de outro lado, tem

---

[7] Idem, § 43.

[8] Errico, Stefania. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples is Adopted: An Overview. 7: 4 *Human Rights Law Review* (2007), p. 756; Nolte, Georg. Kulturelle Vielfalt .als Herausforderung für das Völkerrecht. In: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 43 (2008), p. 23.

[9] Disponivel em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2009.

uma importância política muito maior que uma resolução "normal" da Assembleia Geral das Nações Unidas. Com efeito, trata-se de uma resolução solene que expressa uma opinião acerca de questões fundamentais das relações internacionais e, por esse motivo, é válida por um espaço de tempo mais longo. Já que há um consenso sobre a necessidade de proteção e apoio aos povos indígenas e o documento foi aprovado por uma grande maioria, alguns autores lhe dão um *upgrade* tal que o torna quase uma *soft law*. Segundo essa opinião, as disposições ali registradas estão a caminho de se tornarem normas jurídicas.

**Leia:** Trifunovska, Snezana. *One theme in two variations:* self-determination for minorities and indigenous peoples[10].

**Pergunta:** O que é uma Declaração das Nações Unidas e o que é uma *Soft Law?*

## 1. Trabalhos preliminares para a criação da Declaração[11]

Nos anos 1960, a consciência crescente dos direitos humanos levou a ONU a se preocupar com os direitos dos povos indígenas, tendo sido encorajada para tanto pelo êxito alcançado no âmbito da descolonização – uma das histórias de sucesso da ONU. Por decisão do Ecosoc, o tema entrou, em 1971, para a pauta do plano de trabalho da "Subcomissão para a prevenção da discriminação e proteção das minorias", um grêmio de especialistas da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Nesse grêmio, a partir de 1982, um *Working Group on Indigenous Populations* específico elaborou, sob a direção decisiva da muito ativa especialista grega em direito internacional, Erica Irene *A.* Daes, um *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* visando à prevenção da discriminação e proteção das minorias, que, em 1992, foi finalmente apresentada à Comissão de Direitos Humanos[12].

Ao elaborar o documento, os especialistas puderam basear-se em vários estudos detalhados de relatores especiais. Nesse contexto, chama-se a atenção para a muito citada e fundamental análise de Martinez Cobo sobre a discriminação de povos aborígines[13], e sobre o relatório finalizado em 1998, de Alfonso Martinez, sobre contratos entre

[10] In: *International Journal on Minority and Group Rights* 5 (1997), p. 191ss.

[11] Daes, Erica Irene A. *The spirit and letter of the right to self-determination of indigenous peoples:* reflections on the making of the United Nations Draft Declaration. In: Aikio, Pekka; Scheinin, Martin (Ed.). *Operationalizing the right of indigenous peoples to self-determination.* Abo: Abo Akademi University, 2000, p. 67ss.

[12] UN doc. E/CN.4/Sub.2/1992/28 (1993)

[13] UN doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add. 4 (1983).

Estados e povos autóctones[14]. Outros estudos referem-se ao patrimônio cultural e intelectual dos povos autóctones[15] e às relações dos aborígines com o seu país[16].

Já os assuntos abordados e o número de relatórios deixam claro que a subcomissão levou muito a sério o tema dos indígenas.

É verdade que dá na vista que os relatores evitaram envolver-se com o direito da autodeterminação. Porém, o tratamento bastante extenso desse assunto dos povos indígenas deveu-se à pressão exercida pelas organizações dos indígenas que participaram dos trabalhos da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Por esse motivo não é de se admirar que o conhecido especialista Rudolfo Stavenhagen tenha sido nomeado, em 2001, relator especial para o tema abrangente da situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos povos indígenas[17]. Entrementes, a Assembleia Geral da ONU acolheu o tema e conclamou o ano de 1993 para o Ano dos Povos Indígenas[18], o que depois desembocou na Década dos Povos Indígenas (1994-2003)[19]. Todavia, visto que questões fundamentais da superação das desvantagens dos povos indígenas não conseguiram ser esclarecidas durante esse período, a Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução A/59/174, conclamou uma Segunda Década dos Povos Indígenas[20]. Em vista de uma atenção maior reservada a esse assunto, a Assembleia Geral viu-se obrigada a se debruçar sobre a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Comissão de Direitos Humanos.

## 2. Controvérsia sobre o direito de autodeterminação dos povos indígenas[21]

O longo período de elaboração da Declaração aponta para o fato de o assunto ser extremamente controvertido. Esta avaliação é confirmada quando se sabe que foram doze anos até que o anteprojeto, criado em 1995 no âmbito de um grupo de trabalho

---

[14] UN doc. E/CN.4/Sub.2/1998/17 (1998).

[15] UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/28 (1993).

[16] UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21 (2001).

[17] Ver também seu último relatório: UN Doc. E/CN.4/2006/78 (2006).

[18] UN Doc. A/RES/45/164 (1990). Cf. a avaliação por Stuyt, Alexander M. The UN Year of Indigenous Peoples 1993 – some latin american perspectives. In: *Netherlands International Law Review*, 15 (1993), s. 449 ff.

[19] UN Doc. A/RES/49/214 (1994).

[20] O objetivo é a cooperação aprofundada dos Estados, para superar os problemas de povos indígenas nos campos cultura, educação, saúde, direitos humanos, meio ambiente e desenvolvimento socioeconômico. Cf. UN Doc. E/C.19/2008/2, § 16.

[21] Ndahinda, Felix Mukwiza. Victimization of African indigenous peoples: appraisal of violation of collective rights under victimological and international law lenses. In: *International Journal on Minority and Group Rights,* 14 (2007), p. 1ss; Hannum, Hurst. *Autonomy, sovereignty, and self-determination - The accommodation of conflicting rights*. rev., Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos e aprovado em junho de 2006[22] pelo Conselho das Nações Unidas para os Direitos Humanos, se tornasse uma Declaração da Assembleia Geral. O motivo principal para a indecisão da Comunidade de Estados foi a autodeterminação concedida aos povos indígenas no documento.

A incorporação do direito ilimitado dos povos indígenas à autodeterminação deve ser considerada como uma vitória formidável das organizações não governamentais que sempre exigiram nada menos do que a aceitação da autodeterminação desses povos. Esse direito está fundamentado no fato de que os povos indígenas seriam diretamente os seus titulares originais[23] e continuariam a sofrer coletivamente da sua supressão e suas consequências.

> **Caso 2:** Um povo indígena, no Canadá, que foi reconhecido pelo sistema jurídico canadense como *First Nation* e que se organizou, exige com base no direito à autodeterminação a sua separação do Canadá e a criação de seu próprio Estado. O povo indígena fundamenta seu pedido no art. 3 da Declaração das Nações Unidas A/61/295. De direito?

A maioria dos Estados aprecia a exigência de autodeterminação com reserva, quando não negativamente, o que ficou claro, na Assembleia Geral das Nações Unidas, por ocasião dos votos contra a Declaração por parte de quatro países com grande número de aborígines (Austrália, Canadá, Nova Zelândia e os Estados Unidos). Sintomática para o motivo do voto contra é a alegação da Austrália:

> The Australian Government had long expressed its dissatisfaction with the references to self-determination in the Declaration. Self-determination applied to situations of decolonization and the break-up of States into smaller states with clearly defined population groups. It also applied where a particular group with a defined territory was disenfranchised and was denied political or civil rights. The Government supported and encouraged the full engagement of indigenous peoples in the democratic decision-making process, but did not support a concept that could be construed as encouraging action that would impair, even in part, the territorial and political integrity of a State with a system of democratic representative Government[24].

Na Declaração, os Estados Unidos foram de opinião que a questão da autodeterminação não foi tratada de modo correto. Juntamente com a Austrália e

---

[22] UN Doc. E/C.19/2008/2, §. 7. Aprovação com 30 votos, 2 votos contra (Canadá e Rússia) e 12 abstenções.

[23] Cf. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1988/NGO/26 (1988).

[24] Ver: <http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>, p. 5. Acesso em: 20 abr. 2009.

a Nova Zelândia, os Estados Unidos alegam, na Terceira Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas, que:

> the provisions for articulating self-determination for indigenous peoples in this text inappropriately reproduce common Article 1 of the Covenants. Self-determination […] therefore could be misrepresented as conferring a unilateral right of self-determination and possible secession upon a specific subset of the national populace, thus threstending the political unity, territorial integrity and the stabilty of existing UN Member States[25].

Os Estados que aprovaram a Declaração apressaram-se a apresentar seus comentários, reportando-se, em primeiro lugar, ao direito de autodeterminação ancorado na Declaração. Contudo, nesse contexto, não foi feita nenhuma profissão de fé, mas sim se ressaltou a barreira que o art. 46 claramente institui. Por conseguinte, a Declaração não poderá ser interpretada de tal forma que estabeleça um direito, para um povo ou grupo, de destruir ou violar a integridade territorial de Estados soberanos. A esse respeito opina o Japão:

> The revised version of article 46 correctly clarified that the right of self-determination did not give indigenous peoples the right to be separate and independent from their countries of residence, and that that right should not be invoked for the purpose of impairing the sovereignty of a State, its national and political unity, or territorial integrity[26].

Outros posicionamentos de nações enfatizaram o disposto no art. 46, o que nos leva crer que estas conferiram mais importância a essa disposição do que à própria consagração do direito de autodeterminação. Por exemplo, a Argentina referiu-se ao fato, dizendo que, para ela, a Declaração ficou aceitável somente com a inclusão da cláusula que prevê cláusulas restritivas às exigências dos povos:

> Argentina had also expressed its disappointment at not having more time to work on making the references to self-determination compatible with the principle of territorial integrity, with national unity and the other organizational structure of each State. Fortunately, the efforts undertaken to resolve the question without affecting the rights contained in the Declaration had been successful. Thanks to those efforts, Argentina was pleased to join the voting in favor of the Declaration.

---

[25] United States Mission to the United Nations, Press Release # 294 (06), October 16, 2006, S. 1. Disponível em: <http://www.usunnewyork.usmission.gov/press_releases/20061016_294.html>. Acesso em: 20 abr. 2009.

[26] Idem, p. 9.

Também a Noruega, a Jordânia, a Suécia, a Tailândia, o Brasil, o Paraguai, a Turquia, o Egito, as Filipinas e a Namíbia enfatizaram que o direito à autodeterminação está encastrado dentro da rede do Direito Internacional Público. Na bibliografia chama-se igualmente a atenção para o fato de que o direito de autodeterminação é, em primeiro lugar, uma exigência de grupos da população, conforme os direitos de participação na democracia.

> **Leia:** Halperin, Morton H.; Siegle, Joseph T.; Weinstein, Michael M. *The democracy advantage:* how democracy promote prosperity and peace. New York: Routledge, 2005.

As explicações acerca das interpretações abrem no mínimo a possibilidade – diferentemente das recusas explícitas dos quatro países mencionados na introdução – de um tratamento construtivo das exigências por autodeterminação dos povos indígenas. Ainda assim, as declarações, quando da votação, deixam claro que a comunidade das nações reduziu o direito de autodeterminação unicamente a seu aspecto interno. Com isso prossegue-se com uma tendência que já se observa há muito tempo no direito internacional. E é nesse aspecto interno que, nos dias de hoje, parece estar situada a significância da autodeterminação. Cada vez mais se questiona até que ponto, a partir do direito de autodeterminação, se pode deduzir o direito a um sistema democrático e à autoadministração e até onde isso aceleraria o desenvolvimento dos povos.

**Resposta ao estudo de Caso 2**: De um lado, não se trata, no caso da Declaração, de um documento jurídico, mas sim de um político. Por esse motivo, não se pode por princípio depreender dele algum direito inalienável. Também é duvidoso que se trate de uma *soft law*. A recusa do documento por parte do Canadá tem pelo menos como consequência, para o Canadá, de que não se trata realmente de uma *soft law.*

Assim sendo, a *First Nation* não poderá invocar um direito ilimitado de autodeterminação, baseado no art. 3 da Declaração, porque esse direito é limitado por meio do art. 46 e da obrigatoriedade de respeitar a integridade territorial. Por conseguinte, a *First Nation* não pode depreender o direito a um Estado próprio.

## III. Aceitação dos povos indígenas pela OIT[27]

O ponto de partida da Organização Internacional do Trabalho (OIT) para o estudo dos povos indígenas foi a avaliação de que estes, por motivo da destruição de

[27] Cf. Reisman, M. Protection indigenous rights in international adjudication. *American Journal of International Law,* 89, 1995, p. 350ss.

sua cultura e *modus vivendi*, não estariam mais em condições de manter a si próprios. Sua proteção jurídica estava constituída de uma forma mais do que fraca e esses povos não foram tão-somente explorados, mas também se tornaram muitas vezes vítimas de exterminação e genocídio. Paralelamente à perseguição por parte do Estado, foram também ameaçados por atos de violência de pessoas físicas, o que os países de origem desses povos não puderam ou não quiseram impedir. Tendo em vista esse pano de fundo, a OIT, a partir dos anos 1950, viu-se compelida a agir.

## 1. A Convenção da OIT n. 107 de 1957

Considerando que os indígenas trabalhavam forçados e nas piores condições, sendo explorados ao máximo, a OIT dedicou-se desde cedo a seus problemas. O objetivo declarado era melhorar as condições de trabalho dos indígenas por meio da fixação de padrões mínimos. Já em 1957, com o Acordo n. 107 sobre a proteção e integração de grupos populacionais nativos e outros grupos tribais ou vivendo de tal forma em países tornados independentes, foi elaborado um primeiro contrato para a sua proteção, que entrou em vigor em 1959, sendo ratificado por dezoito Estados[28].

A Convenção contém uma definição de grupos indígenas necessitados de proteção, sendo considerados como tais aqueles

> cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial[29].

Uma outra característica é enunciada:

> pelo fato de descenderem das populações que habitavam o país na época da conquista ou colonização e que, qualquer que seja seu estatuto jurídico, levem uma vida mais conforme as instituições sociais, econômicas e culturais daquela época do que as instituições peculiares à nação que pertencem[30].

---

[28] Disponível em: <http://www.ilo.org?ilolex/english/convdisp2.htm>. Acesso em: 1º maio 2009.

[29] Em inglês: "whose social and economic conditions are at a less advanced stage than the stage reached by the other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special law or regulations" [art. 1º (1) a) da Convenção n. 107 da OIT].

[30] Em inglês: "on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization and which, irrespective of their legal status, live more in conformity with the social, economic and cultural institutions of that time than with the institutions of the nation to which they belong" [art. 1º (1), b) da Convenção n. 107 da OIT].

Sem dúvida, esta conceituação não é muito convincente, pois ela se baseia principalmente no "estágio de desenvolvimento". A ideia fundamental é claramente a do "nível de maior desenvolvimento", obtido por meio de assimilação no artigo 2 a seguir:

Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas na proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países[31].

Os indígenas foram desse modo considerados um grupo populacional dentro de uma nação, o qual necessita de proteção até que se tenha integrado à maioria da população. Integração, nesse contexto, significa assimilação, mas isso sem que os grupos indígenas tenham algum direito à intervenção em causa própria.

> **Caso 3:** O governo de um Estado X quer apoiar os grupos indígenas convidando-os à assimilação. Mediante um estilo de vida ocidentalizado, sua vida se tornaria mais fácil, já que poderiam usufruir das benesses da civilização. O governo invoca para esses fins a Convenção n. 106 da OIT, que o país em questão ratificou. O Estado X está agindo de acordo com o direito internacional?

A Convenção 107 reflete sua posição de então sobre os indígenas, vistos como grupos "não civilizados", que deveriam ser levados a um "nível cultural" mais adiantado. Baseia-se na ideia americana de um *melting pot*, segundo o qual os imigrantes teriam aberto mão de sua identidade em favor de uma nova nação americana uniforme. Assim sendo, a OIT aspirava em transformar os índios norte-americanos em cidadãos americanos "normais", os Maoris em cidadãos neozelandeses "normais" etc.

É verdade que uma assimilação voluntária, na qual uma pessoa se decide em plena consciência de causa pela adesão a um grupo, não é ilegal nem moralmente condenável. Porém deve-se ponderar se, nesse caso, não se trata de uma assimilação como objetivo de um contrato, no qual não se possa mais falar de liberdade de escolha, o que não é mais conciliável com o entendimento moderno dos direitos humanos, que deixa ao indivíduo a liberdade de escolha sobre sua adesão a um grupo.

Mais ainda: hoje em dia, o Direito Internacional Público parte expressamente do "direito de ser diferente, de se considerar diferente e de ser visto como diferente"[32],

---

[31] Em inglês: "Governments shall have the primary responsibility for developing co-ordinated and systematic action for the protection of the populations concerned and their progressive integration into the life of their respective countries".

[32] Art. 1ª (2) da Declaração da Unesco sobre a Raça e os Preconceitos Raciais, do dia 28 de novembro de 1978. Disponível em: <http://www.unesco.org/education/pdf/RACE_E.PDF>. Acesso em: 2 jun. 2009.

de tal forma que o objetivo da assimilação da Convenção n. 107 da OIT teve de ser abandonado. A Convenção n. 107 não estava mais de acordo como os direitos humanos e precisou ser revista. Além disso, o direito de autodeterminação dos povos, ancorado na Carta da Nações Unidas como princípio, nos anos 1960, tinha pelo menos conquistado a qualidade de direito consuetudinário internacional, no que tange aos povos mantidos sob domínio colonial. Isso levantou a questão de até que ponto os indígenas, vítimas da colonização, poderiam também reivindicar seu direito à autodeterminação. Condição para tal era, contudo, que os indígenas não fossem mais considerados grupos da população ou sociedades tribais, mas sim povos.

Uma outra crítica à Convenção n. 107 é o art. 28, que permite uma interpretação flexível da Convenção, garantindo aos Estados uma margem de ação bastante ampla:

> A natureza e o alcance das medidas que deverão ser tomadas para dar cumprimento à presente Convenção deverão ser determinados com flexibilidade, levando-se em conta as condições particulares de cada país[33].

Não foram apenas as falhas da Convenção n. 107 que levaram a OIT a redesenhá-la. Também o temor de perder terreno perante a ONU – que, a partir dos anos 1980, dedicou-se com mais ênfase aos povos indígenas – obrigou a OIT a assumir novas atividades.

O abandono do conceito de assimilação, o reconhecimento da nacionalidade e a concretização dos deveres jurídicos foram as questões centrais da revisão da Convenção n. 107, que, por fim, em 1989, foi concluída com a votação da "Convenção Sucessória", que recebeu o número 169[34].

> **Leia:** Berman, Howard R. *The international labour organization and indigenous peoples:* Revision of the ILO Convention n. 107 at the 75th Session of the International Labour Conference, 1988[35].

**Resposta ao estudo de Caso 3:** A Convenção n. 107 parte de uma – até certo ponto forçada – assimilação. Esta não é mais permissível, do ponto de vista do Direito Internacional atual, que parte do direito dos povos indígenas à preservação de sua

---

[33] Em inglês: "The nature and scope of the measures to be taken to give effect to this Convention shall be determined in a flexible manner, having regard to the conditions characteristic for each country".

[34] Contudo, a Convenção n. 107 ficou em vigor para aqueles Estados que não ratificaram a nova convenção.

[35] In: *International Commission of Jurists,* 41/1988, p. 48ss.

identidade. Por conseguinte, o Estado X está ferindo o Direito Internacional. Mesmo sendo um país-membro que assinou a Convenção n. 107, não poderá conduzir a assimilação coercitivamente, já que contradiz a norma *jus cogens* da proibição da discriminação. A melhor solução, a partir deste pano de fundo, é o cancelamento da afiliação à Convenção n. 107.

O Brasil fez parte da Convenção n. 107 a partir de 1965, cancelando-a, porém, em 2002. No seu lugar, o Brasil ratificou a Convenção Sucessória n. 169, em 22 de julho de 2002.

## 2. A Convenção Sucessória n. 169 de 1989[36]

O abandono do conceito de assimilação dos povos autóctones deu-se a partir do Acordo n. 169 da OIT sobre povos autóctones e tribais em países independentes, de 27 de junho de 1989[37]. O Acordo fala expressamente de "povos autóctones" e não mais de "grupos populacionais", como ainda era o caso em 1957. Essa alteração é o resultado de um longo processo de discussão e demonstra que os aborígines podem ser considerados como povos por causa de sua autoidentificação e de sua história. No art. 1º, inciso 1(b), eles são definidos como:

> povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

Além disso, a Convenção, no seu artigo 1º, inciso 1(a), refere-se a povos tribais

> cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.

---

[36] Cf. Heintze, H.-J. The protection of indigenous peoples under the ILO Convention. In: Bothe, M; Kurzidem, T; Schmidt, C. (Org.), *Amazonia and Siberia*: legal aspects of the preservation of the environment and development in the last open spaces. Dordrecht: Graham & Trotman, 1993, p. 310ss; Spiry, E. From self-determination to a right to self-development for indigenous groups. In: *German Yearbook of International Law,* 38 (1995), p. 140s. Quane, H. The rights of indigenous peoples and the development process. *Human Rights Quarterly,* 27 (2005), S. 663 ff.

[37] Disponível em inglês em: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>; em português em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_5051_2004.htm>. Acesso em: 3 jun. 2009.

Independentemente dessa diferenciação conceitual entre povos tribais (que vivem, sobretudo, na África e na Ásia) e povos indígenas (que são encontrados na América Latina) é significativo que ambos os grupos foram caracterizados como povos e que lhes foi atestado que contribuíram consideravelmente para a diversidade cultural, a harmonia social e ecológica e a compreensão mútua entre os povos. No art. 2º, os Estados ficam obrigados a garantir a proteção e a promoção dos povos indígenas. Diferentemente da Convenção n.107, de caráter paternalista, os beneficiários da proteção também têm o direito de poder participar na determinação de seu próprio destino. O art. 6º determina *expressis verbis*:

> 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
>
> a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
>
> b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes.

O art. 3º proíbe qualquer discriminação para com os povos indígenas e o exercício da violência sobre eles. Seus direitos humanos deverão ser respeitados e sua identidade, protegida. De acordo com o disposto no art. 7º, os povos indígenas poderão fixar suas próprias prioridades para o seu desenvolvimento. No que tange a propriedade e posse, a aceitação de seu direito fundiário, incluindo o exercício de atividades lucrativas ou tradicionais, desempenha um papel importante. Segundo previsto no art. 15, os povos indígenas têm o direito de participação nos recursos naturais de suas terras. De acordo com o disposto no art. 16, o reassentamento só poderá ser efetuado em caso de absoluta necessidade e com a livre anuência dos envolvidos. Não havendo mais motivo para o reassentamento, os povos indígenas deverão voltar para suas terras de origem. O art. 20 prevê a permissibilidade de medidas promocionais (as denominadas *affirmative action*) no que diz respeito a atividades lucrativas e condições de trabalho. Deverão igualmente ser apoiadas as atividades econômicas tradicionais, o bem-estar espiritual e suas próprias instituições culturais.

A Convenção n. 169 prescreve direitos coletivos, distanciando-se com isso das reivindicações individuais de direitos humanos e de proteção de minorias. As

reivindicações coletivas referem-se, sobretudo, ao direito às terras de origem, ou seja, tradicionais, e ao direito de criar órgãos próprios de representação, nos quais todos os interesses indígenas deverão ser consultados e seus direitos de manter suas instituições e costumes, preservados. Desse modo, os direitos dos indígenas vão muito além dos direitos das minorias, significando uma importante inovação da proteção internacional dos direitos humanos. Na sua totalidade, a Convenção concede aos povos indígenas uma autonomia pessoal limitada, como direito subjetivo.

Com esse modo de aproximação aos direitos dos povos indígenas surge a questão de até que ponto lhes é também concedido o direito de grupo, mais ampliado, ou seja, o direito de autodeterminação. Os autores da Convenção n. 169 assustam-se perante esta consequência, como o demonstra o art. 1º, inciso 3. Mesmo que a Convenção assegure expressamente aos indígenas a qualidade de povos, recusa-lhes categoricamente "os direitos conexos desta expressão, como disposto no Direito Internacional". "Esta cláusula carrega consigo um caráter de compromisso e foi necessária porque alguns Estados, sob a liderança do Canadá, tentaram incluir uma recusa explícita do direito de autodeterminação para os povos indígenas". Tratava-se, em primeiro lugar, de considerações políticas que conferiram à Convenção n. 169 da OIT uma aparência contraditória. Fica assim excluída para os povos indígenas a aplicação do direito de autodeterminação e restrito, o direito ao desenvolvimento próprio. Contudo, a maioria dos povos indígenas recusa essa interpretação e exige o direito *ilimitado* à autodeterminação.

A Convenção n. 169 entrou em vigor em 5 de setembro de 1991, após ratificação por dois países, e, em meados de 2008, já faziam parte dela dezenove outros, entre eles alguns com grande contingente de indígenas, como a Argentina, o Brasil[38], o México e a Noruega.

> **Observe:** O Brasil admite claramente sua filiação à Convenção, sublinhando sua importância para o avanço político em relação aos indígenas: "Coordination of indigenous policy and the human rights of indigenous peoples were further bolstered following the Brazilian State's ratification, in April 2004, of International Labor Organization (ILO) Convention no. 169 on Indigenous Peoples and Tribes"[39].

Porém, os Estados Unidos, o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia não ratificaram nem esta Convenção nem a Convenção n. 107. Além disso, a comunidade

[38] Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.

[39] UN-Doc: CCPR/C/BRA/2004/2, § 15.

política considera esses instrumentos com algum menosprezo. É simbólica a posição do governo alemão:

> Sem querer desapreciar as melhorias, em parte muito grandes, da Convenção da OIT n. 169 [...], devemos constatar que até hoje não se conseguiu acabar com a opressão dos povos indígenas através de instrumentos internacionais [40].

Que isso não seja considerado de tal maneira pelos povos indígenas é demonstrado na prática. Essas organizações conclamam os Estados para que ratifiquem a Convenção n. 169 porque esta poderá contribuir de modo geral para a solução de questões práticas dos povos indígenas.

Assim sendo, o povo dos U'wa, na Colômbia, obteve que uma licença emitida pelo governo sobre direitos de exploração de petróleo da Occidental Petroleum, na reserva dos U'wa, após consulta com representantes deste povo e remissiva à Convenção n. 169, fosse declarada nula pela justiça. Contudo, o governo logo em seguida emitiu uma nova licença relativa à exploração do petróleo fora da reserva, mas ainda assim em território ocupado pelos U'wa que era de seus antepassados. Logo após início da exploração, uma associação profissional de trabalhadores apresentou um agravo, em nome dos U'wa, baseando-se no art. 24 da Constituição da OIT, no qual alegava que o governo não estaria cumprindo com suas obrigações relativas à Convenção n. 169. Após análise do caso, a comissão de especialistas da OIT chegou, em 2001, à conclusão de que o governo feriu sua obrigação de consulta acerca dos direitos à exploração e recomendou medidas de proteção jurídica[41].

## IV. Atividades da OEA[42]

Já que muitos povos indígenas vivem no continente americano, a Organização dos Estados Americanos (OEA) resolveu, durante a Assembleia Geral de 1989, criar um instrumento próprio a esse respeito. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) aceitou, em 1996[43], uma minuta de uma declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas, que atualmente está sendo aperfeiçoada por um grupo de trabalho especialmente formado para esses fins[44]. Desse grupo de trabalho

---

[40] Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, Drucksache 12/8231 de 4 de julho de1994, p. 1 (tradução livre).

[41] Cf. Anaya, S. James. *Indigenous peoples in international law*, 2. ed. New York: OUP, 2004, p. 597.

[42] Pasqualucci, Jo M. The evolution of international indigenous rights in the Inter-American Human Rights System. In: *Human Rights Law Review,* 6 (2006), p. 281ss.

[43] Inter-American Commission, Annual Report 1997. In: OEA/ser.L/V/III.95.doc.7, rev. 1997, p. 654ss.

[44] OEA Doc. OEA/Ser.G. CAJP-2638/08, 14 May 2008. Disponível em: <http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/

fazem parte especialistas da OEA, representantes de povos indígenas e representantes dos Estados. No que tange ao seu conteúdo, a minuta da OEA orienta-se fortemente na Declaração das Nações Unidas e destaca direitos de grupo, sobretudo com respeito ao território e seus recursos naturais, à cultura e à autonomia das entidades com poder de decisão. No que tange aos direitos de autodeterminação, explicita a minuta do art. 3:

> Within the States, the right to self-determination of the indigenous peoples is recognized, pursuant to which they can define their forms of organization and promote their economic, social, and cultural development[45].

A minuta da OEA refere-se claramente à dimensão doméstica do direito de autodeterminação, pois que este permite aos povos indígenas apenas criar "their forms of organization". Com esta restrição imposta ao direito de autodeterminação é de se admirar que os arts. IV e XXXVII da minuta da OEA novamente sublinhem que a integridade territorial dos Estados é intocável. Diante disso, parece muito oportuno que o art. XXXVII chame a atenção para o "respect for the domestic constitutional system", já que as formas de organização dos povos indígenas necessitam de se orientar pela ordem jurídica nacional.

A discussão morosa da minuta da OEA remete à indecisão dos Estados com grandes contingentes de povos indígenas para assumir obrigações para com esses grupos. Do ponto de vista da teoria do direito internacional, uma declaração da OEA seria altamente desejável, pois seria um instrumento do grupo de nações mais indicado para discutir com o máximo empenho sobre a concretização do direito de autodeterminação desses grupos. Sobretudo seria interessante saber o que a expressão "their forms of organization" significa na prática.

Paralelamente à OEA, o sistema interamericano de direitos humanos contribuiu fundamentalmente para a elaboração de uma lista de violações dos direitos humanos cometidas contra membros de povos indígenas. É verdade que esses processos, no âmbito dos direitos humanos, diziam respeito a casos individuais.

Ainda assim, a CIDH sem dúvida influenciou bastante a formação de opinião na América Latina, colocando na ordem do dia da política o problema dos direitos dos indígenas.

---

HIST_08/CP20518E07.DOC>. Acesso em: 5 jun. 2009.

[45] Disponível em: <http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/HIST_08/DADIN00199E11.doc>. Acesso em: 5 jun. 2009.

## V. Direitos essenciais dos povos indígenas na Declaração da ONU[46]

### 1. Direito de autodeterminação dos povos indígenas

Entrementes, concretizou-se a aceitação generalizada do direito de autodeterminação dos povos indígenas, que, contudo, se refere apenas a um aspecto deste direito. Enquanto o aspecto externo almeja a alteração do *status* territorial e, com isso, entra em contradição com a integridade territorial – *expressis verbis*, este direito não é concedido aos indígenas –, o aspecto interno é absolutamente importante. Diz respeito à constituição e ordem jurídica da região onde residem os indígenas. Com isso, esses têm o direito de viver naquele sistema político que corresponda à sua vontade, o que significa que é intrínseco ao direito de autodeterminação o aspecto democrático que, no final das contas, pode levar à autoadministração e à autonomia territorial. E é justamente isso o mais decisivo para os povos indígenas, que foram explorados e oprimidos séculos a fio.

O art. 3º e o art. 5º da Declaração das Nações Unidas aprovam para os povos indígenas o direito de autodeterminação, mas o art. 4º o restringe novamente:

> Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas[47].

Enquanto o primeiro artigo outorga aos povos indígenas, de forma abrangente, o direito de autodeterminação, o art. 4º lhes concede, "no exercício do direito à autodeterminação", o direito de autonomia e autoadministração em questões que digam respeito a seus assuntos internos e locais, o que é contraditório, visto que o direito de autodeterminação ancorado no art. 3º já contém tais reivindicações de direito. Do ponto de vista técnico do direito, o art. 4º é a *lex specialis* do art. 3º, significando, contudo, uma restrição do direito abrangente de autodeterminação, visando apenas

---

[46] Cf. Wolfrum, R. The protection of indigenous peoples in international law. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59 (1999), S. 381ss; Young, I.M. Two concepts of self-determination. In: May, Stephen et al. (Ed.). *Ethnicity, nationalism and minority rights.* Cambridge: CUP, 2004; Foster, Caroline E. Articulation of self-determination in the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *European Journal of International Law,* 12, (2001), p. 145.

[47] Em inglês: "Indigenous peoples, in exercising their right to self-determination, have the right to autonomy or self-government in matters relating to their internal and local affairs, as well as ways and means for financing their autonomous functions".

ao seu aspecto interno. Com isso, confirma-se o que, na bibliografia, foi julgado como formação de um direito específico de autodeterminação dos povos indígenas.

> **Nesse contexto, leia:** Thornberry, Peter. *Indigenous peoples and human rights.* manchester: Juris Publishing, 2002, p. 385 ss.

Entretanto, esse assunto não é mais visto assim somente pelos estudiosos da questão, pois a Grã-Bretanha, na ocasião em que votou pela Declaração, apoiou expressamente esta posição, identificando um novo e diferenciado direito de autodeterminação para os povos indígenas que só poderia ser exercido dentro das fronteiras de um Estado.

Assim sendo, o direito de autodeterminação dos povos indígenas exclui a secessão e, em vez disso, contém um direito subjetivo dos povos indígenas à autonomia. Sem dúvida, essa primeira fixação de tal direito é uma abertura. A Declaração parte de um outro princípio do que apenas o dos direitos humanos, pois, paralelamente aos direitos individuais à liberdade, foram listados direitos coletivos dos povos indígenas. Em que se baseiam os direitos coletivos à autonomia esclarece o art. 5º. Segundo este, as instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais dos indígenas deverão ser mantidas e fortalecidas. Além disso, eles retêm o direito de participação ilimitada no seu país de origem, sempre que o desejem:

> Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

A estruturação dos direitos de autonomia, formulada no art. 5º, não vai além dos direitos clássicos das minorias, de tal forma que a Declaração aplica o direito da autodeterminação com uma interpretação muito restritiva. Sem contar que outros tipos de autonomia em princípio também dão às minorias em questão o direito de criar suas próprias instituições; a presente regulamentação, ao contrário, apenas permite a preservação de instituições já existentes:

> Artigo 20
> 1. Os povos indígenas têm o direito de manter e desenvolver seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais, de que lhes seja assegurado o desfrute de seus próprios meios de subsistência e desenvolvimento e de dedicar-se livremente a todas as suas atividades econômicas, tradicionais e de outro tipo.

**Pergunta:** Os direitos de autonomia dos povos indígenas abrangem o quê?

## 2. Outros direitos de autoadministração

Conforme previsto no art. 33, os povos indígenas determinam sua identidade:

> 1. Os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições. […]
>
> 2. Os povos indígenas têm o direito de determinar as estruturas e de eleger a composição de suas instituições em conformidade com seus próprios procedimentos.

Ao mesmo tempo é garantida a perpetuação da ordem jurídica indígena, sempre que esta não contradiga os direitos humanos.

> Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Essa restrição imposta pelo art. 34, segundo a qual esses sistemas jurídicos deverão se adequar às normas dos direitos humanos internacionais, é pouco significante. Sobretudo no que diz respeito à igualdade de direitos dos sexos e à educação dos filhos surgem muitas contradições, de tal forma que a formulação, na Declaração, não atinge os objetivos. Contudo a proibição, constante no art. 8º, da assimilação forçada é bem recebida, porque obriga aos Estados a disponibilizar os meios jurídicos contra as violações desta proibição:

> a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica.
>
> b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos.
>
> c) Toda forma de transferência forçada de população que tenha por objetivo ou consequência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos.
>
> d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas.
>
> e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles.

As exigências são muito abrangentes e, por isso, dificilmente realizáveis.

De grande relevância prática são também as exigências a respeito da proibição de desalojamento forçado, ou seja, expulsão, constantes no art. 10:

> Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

A proibição da expulsão foi desenvolvida como direito coletivo, assinalando uma estreita conexão com o direito de autodeterminação. O art. 10 proíbe o desalojamento forçado, uma prescrição que, com esta clareza, só é conhecida do direito internacional humanitário, extrapolando, assim, a proteção, de modo geral, dos direitos humanos.

Continuam protegidos as tradições culturais, a fé e os idiomas dos povos indígenas (arts. 11 e seguintes). Os direitos civis, sociais e econômicos listados nos artigos seguintes não têm nenhuma ligação direta com o direito de autodeterminação. Com isso, diferenciam-se fundamentalmente das prescrições sobre o direito ao território e a seus recursos naturais. O direito às terras, ao território e aos recursos naturais que os povos indígenas possuíam tradicionalmente está ancorado no art. 26, estipulando-se a obrigatoriedade para os Estados de conceder reconhecimento e proteção das leis às terras indígenas. Para além de qualquer retórica fica, contudo, em aberto a quem pertencem os recursos minerais encontrados nesses territórios. Durante a fase de elaboração, ainda em 2006, as organizações não governamentais de povos indígenas tinham se manifestado a favor de uma formulação mais clara de suas reivindicações sobre as riquezas minerais, mas não conseguiram se impor[48].

Não decorre do teor que os povos indígenas têm direito à terra e às suas riquezas minerais.

> **Nesse contexto, leia:** Daes, Erica Irene A. *Indigenous Peoples' Permanent Sovereignty over Natural Resources*. Special Rapporteur. UN-Doc. E/CN.4/Sub.2/2004/30, § 17.

É verdade que se deve levar em consideração que o direito internacional há muito tempo conhece um direito dos povos "ao usufruto e livre aproveitamento de suas riquezas e meios naturais". Esse princípio já foi objeto, em 1962, da Resolução das Nações Unidas n. A/1803 (XVII), encontrando sua expressão jurídica, em 1966,

[48] UN Doc. E/CN.4/2006/79, § 24.

na forma do art. 47 do Pacto das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos. Com efeito, são considerados titulares desse direito os povos dos Estados ou os povos vivendo sob domínio colonial. A partir do reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos indígenas, surge a seguinte complicação: dois grupos elegíveis para esse direito confrontarem (ou poderem fazê-lo).

## 3. A implementação dos direitos dos indígenas[49]

> **Pergunta:** Que procedimento de imposição dos direitos humanos existe em âmbito universal?

### *a. O procedimento de relatórios dos Estados*

Como é complicada a concessão de direitos aos povos indígenas demonstra claramente o exemplo do Brasil. Este Estado, no seu Relatório à Comissão de Direitos Humanos[50], desenvolve os seguintes argumentos:

> 351. The 1988 Federal Constitution enshrines provisions aimed at protecting the rights of indigenous peoples. The social organization, customs, languages, beliefs, and traditions of indigenous communities are recognized, as well as their original rights over the lands they have traditionally occupied (art. 231). The lands occupied by indigenous communities are intended for permanent possession of such communities, which shall also enjoy exclusive use of the riches of soil and lakes located therein. The lands are inalienable and unavailable and the rights thereto imprescriptible. The removal of Indians from their lands may only be executed ad referendum by the National Congress in cases of catastrophe or epidemic that present an immediate threat to the affected population or in the interest of national sovereignty (article 231, paragraph 5). Upon termination of the risk, the affected indigenous peoples are assured immediate return to their lands.
>
> 352. Indigenous peoples and the organizations that represent them are entitled to file legal actions in defense of their rights (article 232). The Federal

[49] Cf. Heintze, H.-J. Indigenous peoples and the right to self-determination: is the claim to self-determination a trap? In: *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften,* 2008, p. 238ss; Scheinin, M. The right to enjoy a distict culture: indigenous and competing uses of land. In: Orlin, T.S.; Rosas, A.; Scheinin, M. *The jurisprudence of human rights law*. Abo: Abo University Press, 2000, p. 159ss.

[50] UN Doc. CCPR/C/BRA/2004/2, p. 81.

> Constitution recognizes indigenous languages and assures to the indigenous communities the rights to use their native languages and their own learning in primary education (articles 210, 215 and 231).

Apesar dessa "profissão de fé" generalizada, a sua execução se averigua complicada, como o próprio Brasil o descreve, porque a população indígena abrange 410.000 pessoas vivendo em 220 comunidades com ligações históricas com o seu território. O governo apresentou inicialmente como seu objetivo demarcar até 2006 as terras indígenas, partindo da avaliação de que 12% do Brasil, ou seja, 1,1 milhão de km$^2$, sobretudo na região do Amazonas, formariam os territórios indígenas[51]. A delimitação de tais extensões de terras indígenas demonstrou ser mais complicada e morosa do que se acreditava de início, o que levou a Comissão das Nações Unidas para Direitos Humanos a se manifestar de forma crítica[52].

Outras nações também têm um relacionamento problemático com os povos indígenas. No Canadá vivem mais de um milhão de *aboriginal peoples*. A Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos expressou na sua avaliação do Canadá a preocupação de que o país, com a sua política "alternativa", possa extinguir os direitos dos indígenas. Foi criticado que o Canadá não relatou de forma abrangente sobre as negociações a respeito das exigências territoriais do *Lubicon Lake Band* e concomitante exploração de jazidas de petróleo e gás natural ali existentes[53].

O exemplo do Canadá comprova que a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos está tratando com toda acuidade dos povos indígenas. Sobretudo a disposição sobre as riquezas naturais dos povos indígenas é uma peça fundamental das regulamentações sobre a autonomia. Por conseguinte, o tratamento dessas questões levou a Comissão a comunicar sua preocupação maciça a outros Estados com populações autóctones[54]. As discussões acerca do direito de autodeterminação contribuíram grandemente, nos últimos anos, para o esclarecimento do teor desta norma e de suas consequências práticas para os povos indígenas.

### *b. O procedimento individual de agravo*

Para as partes do contrato sobre o Protocolo Facultativo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos os Direitos Humanos, surge a questão se violações dos direitos dos povos indígenas poderiam ser resolvidas por meio de um agravo individual.

---

[51] UN Doc. CCPR/C/BRA/2004/2, § 356.

[52] UN Doc. CCPR/C/BRA/CO/2/Add.1, §§ 6ss.

[53] UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, § 9.

[54] Assim no caso dos EUA. Cf. UN Doc. CCPR/C/USA/CO3/Rev.1, § 37.

Em se tratando de um direito coletivo, não poderá ser reivindicado por uma pessoa física, a não ser que esta se legitime como uma representante legal de um povo.

Essa posição foi tomada, após as discussões de praxe, quando de uma ação de um *Grand Captain* da sociedade de tribos Mikmaq contra o Canadá. Nesta ação, a parte reclamava que o Canadá estaria negando a seu povo o direito de autodeterminação. A parte exigia que o Canadá reconhecesse o governo tradicional dos Mikmaq e a nação dos Mikmaq como um Estado. Da parte do Canadá argumentou-se, entretanto, que o agravante não poderia reclamar a violação de seus direitos nem que este estaria em condições de comprovar que estava agindo em nome da nação dos Mikmaq. E justamente esta alegação levou a Comissão dos Direitos Humanos a concluir que a petição não era cabível.

No caso *Ominayak and Lubicon Lake Band contra o Canadá*[55], alega-se que os indígenas agravantes não seriam um povo e que indivíduos não poderiam se fundamentar no art. 1º do Pacto. Contudo a Comissão dos Direitos Humanos não discutiu essa tese. De forma semelhante decidiu a Comissão no caso *Whispering Pines Indian Band contra o Canadá*[56].

No tocante à decisão *Apirana Mahuika et al. contra a Nova Zelândia*, de 27 de outubro de 2000[57], a Comissão alegou que "the provisions of article 1 may be relevant in the interpretation of other rights protected by the Convenant, in particular article 2"[58]. Essa declaração comprova, na prática, as diversas interferências entre os direitos dos povos e minorias. Esta circunstância possibilita, pelo menos, que algumas reivindicações individuais do direito de autodeterminação dos povos possam se impor por meio de um agravo individual. Tendo em vista que o direito de autodeterminação dos povos indígenas já está restrito a seu aspecto interno, ficam claras as semelhanças com o direito de proteção às minorias. A partir desse pano de fundo é que se compreende a decisão *Mrs. Marie-Hélène Gillot contra a França*[59]. Nesse caso, a Comissão argumentou que estaria seguindo a sua prática, não decidindo sobre a concretização das reivindicações oriundas do direito de autodeterminação dos povos. Mesmo assim observaria este direito se fosse para julgar se direitos materiais ancorados no Pacto teriam sido violados. Nesse caso concreto, a Comissão recorreu ao direito de autodeterminação para constatar se a restrição à participação em um referendo local, na Nova Caledônia, para pessoas que

---

55 In: Hanski, R.; Scheinin, M. *Leading cases of the Human Rights Committee*. Abo: Abo University Press, 2003, p. 414ss.

56 UN Doc. A/45/40 II, p. 188.

57 HRC, *Apirana Mahuika et al. vs. New Zealand*, com. n.547/1993 (2000).

58 Idem, § 9.2.

59 HRC, *Ms. Marie-Hélène Gillot vs. France*, com. n. 932/2000 (2002).

tenham uma estreita ligação com a região, estava de acordo com a obrigatoriedade de realização de eleições igualitárias e secretas (art. 25 do Pacto).

Simultaneamente, dever-se-á avaliar se o processo individual de agravo é útil para sondar o conteúdo concreto do direito de autodeterminação válido para o membro individual de um povo indígena. Não ficará claro, no futuro, até que ponto esse mecanismo será apropriado para impor os direitos humanos coletivos de povos indígenas.

> **Tarefa:** Dê a sua opinião a respeito dos processos internacionais de imposição de direitos dos povos indígenas.

No que diz respeito a direitos coletivos há, no direito internacional, uma lacuna na sua possibilidade de imposição, que não foi fechada pela Declaração, já que esta não dispõe de um mecanismo de implementação. Assim, está menos equipada que as convenções da OIT, que, pelo menos, conhecem o processo do relatório e a possibilidade do agravo. Porém, os processos da OIT para a imposição do direito de autodeterminação dos povos indígenas não são aplicáveis, porque inexiste esta disposição nas convenções. Contudo, a votação da Declaração acelerou o processo de respeito aos direitos dos povos indígenas, como o relatou Rudolfo Stavenhagen, relator especial sobre a situação dos direitos humanos e liberdades fundamentais de povos indígenas. Segundo sua opinião:

> a useful mechanism for the protection and promotion of human rights among indigenous people throughout the world and a reflection of the emerging international consensus on the content of indigenous people' rights.

Outras entidades que poderiam contribuir para o auxílio à implementação do documento são os *fóruns permanentes para questões indígenas*. O art. 42 determina expressamente: "The United Nations, its bodies, including the Permanent Forum on Indigenous Issues, and specialized agencies, including at the country level, and States shall promote respect for and full application of the provisions of this Declaration and follow up the effectiveness of this Declaration".

Outrossim o "Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples", recentemente criado, recorrerá certamente à Declaração, exigindo sua implementação[60]. É verdade que não se trataria de um processo de imposição, comparável a órgãos específicos para a imposição de contratos, de tal forma que não poderá influenciar especificamente a concretização do direito coletivo de autodeterminação.

[60] Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/NewExpertMechanismRightsIP.aspx>.

# PARTE 4
## Pesquisa

Esta parte tem como objetivo incentivar e facilitar pesquisas sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos. Refere-se, em primeiro lugar, às fontes de informação acessíveis pela internet, tida como uma das ferramentas principais para conduzir pesquisas nesse campo do conhecimento.

Para aqueles que têm pouca experiência na utilização dessa ferramenta, a riqueza das informações disponíveis causa, às vezes, sérios problemas de orientação. No mais, o que vale para as publicações impressas também vale para as publicações via internet: nem todas as ofertas dispõem da qualidade desejada e precisa. Assim, justifica-se apresentar uma seleção de fontes de informação que pode ser útil no momento em que forem conduzidas pesquisas acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos e também referências bibliográficas. Como se trata meramente de uma seleção, ressalva-se que os sítios indicados e as obras citadas representam não mais do que recomendações. Com certeza, há várias outras fontes de informação proveitosas e de boa qualidade.

Além disso, o objetivo prático deste *Manual* é indicar alguns endereços e sítios de importantes autores no campo da defesa e da proteção dos direitos humanos, para facilitar, se desejado pelo utilizador do *Manual*, o contato com as respectivas organizações governamentais ou não governamentais. Enfim, os sítios dessas organizações frequentemente também disponibilizam informações preciosas concernentes aos direitos humanos (documentos, jurisprudência, artigos, *links* etc.).

## Capítulo 11: Fontes de informação elementares

A defesa dos direitos humanos baseia-se, antes de mais nada, na aplicação e interpretação *lege artis* dos pertinentes fundamentos jurídicos. Em particular, no que se refere à sua interpretação, é não só importante trabalhar de forma metodologicamente correta, mas saber como cortes, tribunais e outros órgãos de monitoramento compreendem o conteúdo da respectiva norma. Por isso, o § 24 elenca, por um lado, sítios e coletâneas referentes aos instrumentos internacionais de direitos humanos e, por outro, remete aos sítios de órgãos internacionais que produzem jurisprudência relevante para a defesa dos direitos humanos.

No mais, meios auxiliares indispensáveis são também as obras da doutrina do Direito Internacional Público. Ao dar uma primeira orientação, o subsequente § 25 oferece uma seleção de bibliografia básica.

**Sumário:**


§ 24 Tratados de direitos humanos e jurisprudência
- I. Tratados de direitos humanos
  - 1. Sítios
  - 2. Coletâneas (impressas)
- II. Jurisprudência
  - 1. Cortes, tribunais e órgãos quase judiciais com jurisdição universal
  - 2. Cortes, tribunais e órgãos quase judiciais com jurisdição regional

§ 25 Bibliografia
- I. Comentários e livros didáticos
  - 1. Comentários
  - 2. Dicionários / Glossários / Enciclopédias
  - 3. Livros didáticos
    - a. Introdução ao DIDH
    - b. Introduções aos sistemas regionais
- II. Revistas (com referência à acessibilidade pela internet)
  - 1. Revistas de direitos humanos e áreas afins
  - 2. Outras revistas importantes do Direito Internacional Público
- III. Guias de pesquisa sobre o DIDH
- IV. Guias sobre o DIDH

# § 24 Tratados de direitos humanos e jurisprudência

## I. Tratados de direitos humanos

### 1. Sítios

**Documentos em português**

Ministério das Relações Exteriores (Brasil) – Divisão de Atos Internacionais

*Disponibiliza os tratados de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil.*

<http://www2.mre.gov.br/dai/dhumanos.htm>

Conselho Nacional de Justiça (Brasil)
<http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7729&Itemid=942>

Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República (Portugal)
*Disponibiliza instrumentos internacionais de direitos humanos.*
<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/index-dh.html>

**Documentos em outras línguas**

Corte Interamericana de Direitos Humanos
*Esta página oferece todos os importantes instrumentos universais e regionais em espanhol e inglês.*
<http://www.corteidh.or.cr/>

Ilolex (Database on International Labour Standards)
<http://www.ilo.org/ilolex/english>

United Nations Treaty Collection (inglês e francês)
<http://untreaty.un.org>

University of Minnesota Human Rights Library
*Disponibiliza, em várias línguas, entre outras, espanhol, inglês e francês, instrumentos de direitos humanos, jurisprudência, bibliografia, guias de pesquisa etc.*
<http://www1.umn.edu/humanrts/>

Muito útil é também a página da professora A. F. Bayefsky <http://www.bayefsky.com>

## 2. Coletâneas (impressas)

**Em português**

Brasil. *Direitos humanos*: documentos internacionais. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

Mazzuoli, Valério de Oliveira (Org.). *Coletânea de direito internacional*: atualizada até 2.1.2006. 4. ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

*Uma entre várias outras coletâneas de direito internacional que inclui os instrumentos de direitos humanos mais importantes.*

Piovesan, Flávia (Org.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

*Coletânea de instrumentos internacionais de direitos humanos com observações introdutórias. Por isso, o preço dessa publicação não é a opção "econômica".*

**Coletâneas em outras línguas**

*Aviso:* como explicado neste *Manual,* a consulta dos textos autênticos é muitas vezes recomendável porque são eles que os órgãos internacionais aplicam e interpretam.

Bundeszentrale für Politische Bildung (Hrsg.). *Menschenrechte.* Dokumente und Deklarationen. Bonn: BPB, 2004.

Brownlie, Ian; Goodwin-Gill, Guy S. *Basic documents on human rights*. 3. ed. New York: OUP, 2006.

Ghandi, Sandy (Ed.). *International human rights documents*. 6. ed. New York: OUP, 2008.

Gonzáles Vega, Javier A. *Derechos humanos*. Textos internacionales. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

## II. Jurisprudência

A seguinte lista não é completa, mas se refere aos sítios mais importantes.

### 1. Cortes, tribunais e órgãos quase judiciais com jurisdição universal

Conselho de Direitos Humanos da ONU (UN Human Rights Counsel)
<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/>

Os vários Comitês das "convenções centrais" (Comitê de Direitos Humanos; Comitê contra a Tortura, Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais etc.)
<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>

Corte Internacional de Justiça (International Court of Justice)
<http://www.icj-cij.org/>

Corte Permanente de Justiça Internacional (Permanent International Court of Justice)

*Antecessora da Corte Internacional de Justiça que produzia jurisprudência que ainda pode ser relevante.*
<http://www.icj-cij.org/pcij/index.php?p1=9>

Tribunal Penal Internacional (International Criminal Court)
<http://www.icc-cpi.int/>

Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia)
<http://www.icty.org/>

Tribunal Penal Internacional para Ruanda (International Criminal Tribunal for Ruanda)
<http://www.ictr.org/>

Special Court for Sierra Leone
<http://www.sc-sl.org/>

## 2. Cortes, tribunais e órgãos quase judiciais com jurisdição regional

Comissão Africana sobre Direitos Humanos (African Commission on Human and Peoples' Rights)
<http://www.achpr.org/>

Comissão Interamericana de Direitos Humanos
<http://www.cidh.org/comissao.htm>

Corte Africana de Direitos Humanos (African Court on Human and Peoples' Rights)
*Ainda não funciona!*
<http://www.aict-ctia.org/courts_conti/achpr/achpr_home.html>

Corte Africana de Justiça (African Court of Justice)
*Ainda não funciona!*
<http://www.aict-ctia.org/courts_conti/acj/acj_home.html>

Corte Europeia de Direitos Humanos (European Court of Human Rights)
<http://www.echr.coe.int/echr/>

Vide em particular a HUDOC Case-Law Collection
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Corte Interamericana de Direitos Humanos
<http://www.corteidh.or.cr/>

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (European Court of Justice)
<http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/>

## § 25 Bibliografia

Como dito, fontes secundárias de informação, mas igualmente importantes, são os trabalhos acadêmicos. A seguinte lista não exaustiva refere-se, principalmente, devido ao desenvolvimento rápido dos sistemas internacionais de direitos humanos, às obras publicadas a partir de 2000. Trata-se meramente de uma seleção de obras de qualidade reconhecida que deve facilitar a busca da bibliografia pertinente.

# I. Comentários e livros didáticos

## 1. Comentários

**Alemão**

Meyer-Ladewig, Jens. *Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK*: Hand kommentar. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2006.

Tettinger, Peter J. *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechts-Charta*. München: Beck, 2006.

**Espanhol**

Lasagabaster Herrarte, Iñaki. *Convenio europeo de derechos humanos*: comentario sistematico. 1. ed. Madrid: Civitas, 2004.

Mangas Martin, Araceli. *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*: comentario artículo por artículo. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

**Francês**

Pettiti, Louis-Edmond; Decaux, Emmanuel; Imbert, Pierre-Henri (Éd.). *La Convention européenne des droits de l'homme*: commentaire article par article. 2. éd. Paris, 1999.

**Inglês**

Cassese, Antonio; Gaeta, Paola; Jones, John R. W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court*: a commentary. New York: OUP, 2002.

Detrick, Sharon. *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*.

The Hague: Kluwer Law, 1999. Nowak, Manfred. *UN Convention on Civil and Political Rights*. CCPR Commentary. 2. ed. Kehl: Engel, 2005.

_____; McArthur, Elizabeth (Ed.). *The United Nations Convention Against Torture:* a commentary. Oxford: OUP, 2008.

Simma, Bruno (Ed.). *The Charter of the United Nations*: a commentary. New York: OUP, 2002. 2 v.

Triffterer, Otto (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court:* observers' notes, article by article. München: Beck et al., 2008.

Weller, Mark (Ed.). *The Rights of Minorities in Europe*: a commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities. Oxford: OUP, 2005.

**Português**

Barreto, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

**Observação: anotada**

Gomes, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

*Atenção: não se trata de comentário no sentido das outras obras, mas de anotações. Por isso, o preço vantajoso.*

## 2. Dicionários / Glossários / Enciclopédias

**Alemão**

Seidl-Hohenveldern, Ignaz (Hrsg.). *Lexikon des Völkerrechts*. 3. Aufl. Opladen: Luchterhand, 2001.

**Espanhol**

Campos, Alonso; Angel, Miguel. *Diccionário de términos de los derechos humanos*. 1. ed. Barcelona, 2009.

Valencia Villa, Hernando. *Diccionário Espasa derechos humanos*. Espasa Calpe Mexicana, 2005.

**Francês**

Viale, Cédric. *Lexicon of human rights/Les définitions de droits de l'homme*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2008.

**Inglês**

Marks, Susan; Clapham, Andrew. *International human rights lexicon*. Oxford: OUP, 2005.
Online companion: <http://www.internationalhumanrightslexicon.org/contents.html>.

Thesaurus of Economic, Social and Cultural Rights (inglês e espanhol)
<http://shr.aaas.org/thesaurus/>

Wolfrum, Rüdiger (Ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (EPIL).
<http://www.mpepil.com/>

**Português**

Dicionário Direitos Humanos DHnet
<http://www.dhnet.org.br/interagir/dicionario/listadicionarios.php>

Enciclopédia Portuguesa de Direitos Humanos Online (Centro de Direitos Humanos – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)
<http://www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/>

## 3. Livros didáticos

### *a. Introdução ao DIDH*

*Alemão*

Kälin, Walter; Künzli, Jörg. *Universeller Menschenrechtsschutz*. 2. Aufl. Basel: Helbing & Lichtenhain, 2008.

Schilling, Theodor. *Internationaler Menschenrechtsschutz*: Universelles und Europäisches Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

*Espanhol*

Bou Franch, Valentin; Castillo Daudí, Mireya. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Ochoa-Ruiz, Natalia. *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*. 1. ed. Madrid: Thomsam-Civitas, 2004.

**Francês**

Sudre, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l´homme*. 7. éd. Paris: PUF, 2005.

**Inglês**

Donnelly, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2. ed. New York: Cornell University Press, 2002.

Eide, Asbjørn; Krause, Katarina; Rosas, Alan (Ed.). *Economic, social and cultural rights:* a textbook. 2. ed. Dordrecht et al.: Martinus Nijhoff, 2001.

Steiner, Henry J.; Alston, Philip; Goodman, Ryan. *International human rights in context*: law, politics, morals: text and materials. 3. ed. Oxford: OUP, 2007.

Tomuschat, Christian. *Human rights*: between idealism and realism. 2. ed. Oxford: OUP, 2008.

**Português**

Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003. 2 v.

Carvalho, André Ramos de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro et al.: Renovar, 2005.

Godinho, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

## *b. Introduções aos sistemas regionais*

**Alemão**

Ehlers, Dirk (Hrsg.). *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*. 3. Aufl. Berlin: De Gruyter, 2009.

Grabenwarter, Christoph. *Europäischen Menschenrechtskonvention*: ein Studienbuch. 4. Aufl. München: Beck, 2009.

Heselhaus, Sebastian; Nowak, Carsten. *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. 1. Aufl. München: Beck, 2006.

Hummer, Waldemar; Karl, Wolfram (Hrsg.). *Regionaler Menschenrechtsschutz*: Dokumente samt Einführungen. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2009.

**Espanhol**

Faúndez Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de derechos humanos:* aspectos institucionales e procesales. 2. ed. San José: IIDH, 1999.

García Roca, Xavier (Ed.). *La Europa de los derechos*: el convenio europeo de derechos humanos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

**Francês**

Sudre, Frédéric. *Droit européen et international des droits de l´homme*. 7. éd. Paris: PUF, 2005.

**Inglês**

Cameron, Iain. *An introduction to the European Convention on Human Rights*. 4. ed. Uppsala: Lustu Forlag, 2002.

David, Eric. *The inter-american human rights system*. Aldershot, 1997.

Harris, David; O'Boyle, Michael; Bates, Edward; Buckley, Carla. *Law of the European Convention on Human Righs*. 2. ed. New York: OUP, 2009.

Harris, David J.; Livingstone, Stephen (Ed.). *Inter-american human rights system*. Oxford, 1998.

Murray, Rachel. *Human rights in Africa*: from the OAU to the African Union. Cambridge: CAU, 2005.

Pasqualucci, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: CUP, 2003.

Viljoen, Frans. *Human rights in Africa*: national and international protection. New York: OUP, 2007.

**Português**

Godinho, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

## II. Revistas (com referência à acessibilidade pela internet)

Segue uma seleção de revistas internacionais que – sempre (1.) ou frequentemente (2.) – contêm artigos científicos sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos. O símbolo ☺ indica acessibilidade de todos os seus arquivos; o ☼, disponibilidade parcial; e o (-), necessidade de autorização especial ou de sua compra.

## 1. Revistas de direitos humanos e áreas afins

| **Revistas** | *Links* | **Acesso** *online?* |
|---|---|---|
| African Human Rights Law Journal | <http://www.chr.up.ac.za/centre_publications/ahrlj/ahrlj.html> | - |
| African Human Rights Reports | <http://www.chr.up.ac.za/centre_publications/ahrlr/ahrlr.html> | ☺ |
| Asia Pacific Journal on Human Rights and the Law | <http://www.ingentaconnect.com/content/mnp/aphu> | - |
| Australian Journal of Human Rights | <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/> | ☺ |
| Australian Indigenous Law Reporter | <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AILR/> | ☺ |
| Boletín/Observatorio de los Derechos Humanos en Colombia | <http://www.derechoshumanos.gov.co/observatorio_de_DDHH/boletin_tematico.asp> | ☺ |
| Celánen. A Journal of Indigenous Governance | <http://web.uvic.ca/igov/research/journal/> | ☺ |
| Derechos Humanos México | <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=derhumex> | ☺ |
| Diritti Umani e Diritto Internazionale | <http://www.francoangeli.it/riviste/sommario.asp?IDRivista=148> | - |
| Harvard Human Rights Journal | <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/> | ☺ |
| Health and Human Rights: An International Journal | <http://www.hhrjournal.org/index.php/hhr> | ☺ |
| Human Rights Law Review | <http://hrlr.oxfordjournals.org/> | - |
| Human Rights Brief | <http://www.wcl.american.edu/hrbrief/> | ☺ |
| Human Rights Defender | <http://www.austlii.edu.au/au/journals/HRD/> | ☼ |
| Human Rights Quarterly | <http://www.press.jhu.edu/journals/human_rights_quarterly/> | - |
| Human Rights Review | <http://www.springer.com/law/journal/12142> | ☺ |
| Human Rights Solidarity | <http://www.hrsolidarity.net/mainfile.php/hrsolidarity/> | ☺ |
| Human Rights Tribune | <http://www.hri.ca/tribune.aspx> | ☺ |
| Human Rights Watch Publications | <http://www.hrw.org/en/publications> | ☺ |
| Indigenous Law Bulletin | <http://www.austlii.edu.au/au/journals/ILB/> | ☼ |

| | | |
|---|---|---|
| Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Argentina | <http://www.cels.org.ar/documentos/index.php?info=publicacionesTpl&ids=3&lang=es&ss=126> | ☺ |
| Inter-American Yearbook of Human Rights | <http://www.brill.nl/default.aspx?partid=210&pid=18762> | - |
| Interdisciplinary Journal of Human Rights Law | <http://www.americanstudents.us/humanrightsjournal.shtml> | - |
| Interights Bulletin | <http://www.interights.org/bulletin/index.htm> | ☺ |
| International Human Rights Reports | <http://www.nottingham.ac.uk/law/hrlc/publications/ihrr.php> | - |
| International Journal of Human Rights | <http://www.tandf.co.uk/journals/titles/13642987.asp> | - |
| International Journal of Refugee Law | <http://ijrl.oxfordjournals.org/> | ☺ |
| Journal of Human Rights | <http://www.tandf.co.uk/journals/titles/14754835.asp> | - |
| Journal of Human Rights Practice | <http://jhrp.oxfordjournals.org/> | ☺ |
| Journal of International Law of Peace and Armed Conflict | <http://www.ifhv.rub.de/publications/huvi.html> | ☼ |
| Journal of International Migration and Integration | <http://jimi.metropolis.net/> | - |
| Journal of Refugee Studies | <http://jrs.oxfordjournals.org/> | - |
| KO´AGA RÓNE´ETA | <http://www.derechos.org/koaga/main.htm> | ☺ |
| Mediterranean Journal of Human Rights | <http://home.um.edu.mt/laws/test/mjhr.html> | - |
| MenschenRechtsMagazin | <http://www.uni-potsdam.de/u/mrz/mrm.htm> | ☺ |
| Muslim World Journal of Human Rights | <http://www.bepress.com/mwjhr/> | - |
| Northwestern Journal of International Human Rights | <http://www.law.northwestern.edu/jihr/> | ☺ |
| Netherlands Quarterly of Human Rights | <http://www.nqhr.net/> | - |
| Religion & Human Rights | <http://www.brill.nl/rhrs> | - |
| Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos | <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cont.htm?r=iidh> | ☺ |

| | | |
|---|---|---|
| South African Human Rights Yearbook | <http://search.sabinet.co.za/WebZ/Authorize:sessionid=0:autho=fhuma:password=freejnl&AdvancedQuery?&next=ej/ej_content_huma.html&bad=ej/ej_badfetch.html&ref=logon_open.html> | ☺ |
| South African Journal of Human Rights | <http://www.journals.co.za/ej/ejour_ju_sajhr.html> | - |
| Studien zu Grund- und Menschenrechten | <http://opus.kobv.de/ubp/schriftenreihen_ebene2.php?sr_id=36&la=de> | ☺ |
| SUR – International Journal of Human Rights | <http://www.surjournal.org/> | ☺ |
| Torture. Journal on Rehabilitation of Torture Victims and Prevention of Torture | <http://www.irct.org/Default.aspx?ID=61> | ☺ |
| Universal Human Rights | <http://www.jstor.org/journals/01632647.html> | - |
| Violence against Women | <http://vaw.sagepub.com/> | ☼ |
| Violence and Victims | <http://www.ingentaconnect.com/content/springer/vav> | - |
| War Crimes, Genocide & Crimes against Humanity | <http://www.war-crimes.org/> | ☺ |
| Yale Human Rights & Development Law Journal | <http://islandia.law.yale.edu/yhrdlj/> | ☺ |

## 2. Outras revistas importantes do Direito Internacional Público

Segue uma modesta seleção de revistas de Direito Internacional Público que frequentemente publicam artigos concernentes à proteção internacional dos direitos humanos.

| **Revistas** | *Links* | **Acesso** *online***?** |
|---|---|---|
| African Journal of International and Comparative Law | <http://www.eupjournals.com/journal/ajicl?cookieSet=1> | - |
| American Journal of International Law | <http://www.asil.org/ajil.cfm> | - |

| | | |
|---|---|---|
| American University International Law Review | <http://www.wcl.american.edu/journal/ilr/> | ☺ |
| Anuario Mexicano de Derecho Internacional | <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/admin/presenta/> | ☺ |
| Archiv des Völkerrechts | <http://www.ingentaconnect.com/content/mohr/avr> | - |
| ASIL Insight | <http://www.asil.org/insights.cfm> | ☺ |
| Brooklyn Journal of International Law | <http://www.brooklaw.edu/students/journals/bjilcurrent.php> | ☺ |
| Cardozo Journal of Conflict Resolution | <http://www.cojcr.org/> | ☺ |
| Cardozo Journal of Internatonal and Comparative Law | <http://www.cjicl.com/> | ☺ |
| Chinese Journal of International Law | <http://chinesejil.oxfordjournals.org/> | |
| Duke Journal of Comparative & Int'l Law | <http://www.law.duke.edu/journals/djcil/> | ☺ |
| Emory International Law Review | <http://www.law.emory.edu/index.php?id=1053/eilrhome.htm> | ☼ |
| European Journal of International Law | <http://ejil.oxfordjournals.org/> | |
| German Law Journal | <http://www.germanlawjournal.com/> | ☺ |
| German Yearbook of International Law | <http://www.duncker-humblot.de/?mnu=900&typ=902&cmd=904&sid=112> | |
| Göttingen Journal of International Law | <http://www.gojil.eu/> | ☺ |
| Gonzaga Journal of International Law | <http://www.gonzagajil.org/> | ☺ |
| Harvard International Law Journal | <http://www.harvardilj.org/print> | ☺ |
| Heidelberg Journal of International Law | <http://www.zaoerv.de/> | ☼ |
| International and Comparative Law Quarterly | <http://www.jstor.org/journals/00205893.html?cookieSet=1> | - |
| Law and Practice of International Courts and Tribunals | <http://www.ingentaconnect.com/content/mnp/lape> | - |
| Law Reports of Trials of War Criminals | <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/law-reports-trials-war-criminals.html> | ☺ |
| Leiden Journal of International Law | <http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=LJL> | - |

| | | |
|---|---|---|
| Max Planck Yearbook of United Nations Law | <http://www.mpil.de/ww/de/pub/forschung/forschung_im_detail/publikationen/institut/mpyunl.cfm> | ☼ |
| Melbourne Journal of International Law | <http://mjil.law.unimelb.edu.au/> | ☼ |
| Netherlands International Law Review | <http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=NLR> | ☼ |
| Netherlands Yearbook of International Law | <http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=NYL> | ☼ |
| New York University Journal of International Law & Politics | <http://www.law.nyu.edu/journals/jilp/index.htm> | ☺ |
| Nordic Journal of International Law | <http://www.ingentaconnect.com/content/mnp/nord> | ☼ |
| Revista Brasileira de Direito Internacional | <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint> | - |
| Revue Générale de Droit International Public | <http://www.rgdip.com/> | - |
| Santa Clara Journal of International Law | <http://www.scu.edu/scjil/> | ☺ |
| The George Washington International Law Review | <http://docs.law.gwu.edu/gwilr/issues.htm> | ☺ |
| Vanderbilt Journal of Transnational Law | <http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/index.aspx> | ☺ |
| Virginia Journal of International Law | <http://scs.student.virginia.edu/~vjil/> | ☺ |
| Yearbook of International Humanitarian Law | <http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=YHL> | - |

## III. Guias de pesquisa sobre o DIDH

American Society of International Law (Asil). *Asil Guide to Electronic Resources for Human Rights*
<http://www.asil.org/humrts1.cfm>

Derechos. *Concise Guide to Human Rights on the Internet*
<http://www.derechos.org/human-rights/manual.htm>

Georgetown Law Library Human Rights Law Research Guide
<http://www.ll.georgetown.edu/guides/HumanRightsLaw.cfm>

Globalex. *International Human Rights Research Guide*
<http://www.nyulawglobal.org/globalex/Human_Rights.htm>

Emerton, Robyn.; Byrnes, Andrew. *Guide to International Human Rights Research:* Selected Sources
*Download grátis disponível em*:
<http://www.hku.hk/ccpl/research_resources/humanrightsguide/index.html>

Human Rights. *An Interdisciplinary Bibliography and Research Guide*
<http://www2.lib.uchicago.edu/~llou/humanrights.html>

Human Rights Education Associations
*Oferece vários guias sobre direitos humanos (também em espanhol e português)*
<http://www.hrea.net/learn/guides/index.php>

NGO Research Guide: Human Rights
<http://library.duke.edu/research/subject/guides/ngo_guide/ngo_links/rights.html>

Rights International Research Guide for International Human Rights Lawyers
<http://www.rightsinternational.org/links.html>

## IV. Guias sobre o DIDH

Carlson, Scott; Gisvold, Gregory. *Practical guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Ardsley: Hotei Publishing, 2003.

DHnet
<http://www.dhnet.org.br/direitos/index.html>

Gomien, Donna. *Short guide to the European Convention on Human Rights*. 3. ed. Strasbourg: CoE, 2005.

Hannum, Hurst. *Guide to international human rights practice*. 4. ed. Ardsley: Martinus Nijhoff/Brill, 2004.

Human Rights Education Association. *Guides d'apresentissage.*
<www.hrea.org/fr/education/guides/OEA.html>

MacKay, Fergus. *A guide to indigenous peoples rights in the inter-american human rights system*. IWGIA, 2002.

Symonides, Janusz; Volodin, Vladimir (Ed.). *A guide to human rights:* institutions, standards, procedures. Aldershot, 2003.

# Capítulo 12: Sítios de importantes atores do sistema internacional de direitos humanos

Organizações intergovernamentais (OIGs) não são somente atores importantes do sistema internacional de direitos humanos porque estimulam e cuidam da elaboração de instrumentos e políticas regionais para a proteção de direitos humanos, mas porque também servem como importantes fóruns de discussão, permitindo a participação de representantes da sociedade civil, em particular das organizações não governamentais (ONGs).

**Sumário:**


§ 26 Organizações intergovernamentais
- I. OIGs universais (inclusive órgãos e programas relevantes)
- II. OIGs regionais (inclusive órgãos e programas relevantes)
  1. OIGs africanas
  2. OIGs americanas
  3. OIGs asiáticas
  4. OIGs europeias

§ 27 Organizações não governamentais
- I. ONGs universais
- II. ONGs regionais
  1. ONGs africanas
  2. ONGs americanas
  3. ONGs asiáticas
  4. ONGs europeias

## § 26 Organizações intergovernamentais

Muitas OIGs dispõem de órgãos especiais para a proteção de direitos humanos. Aqueles que são cortes, tribunais ou outros grêmios com competências jurisdicionais já foram listados no § 25 e, por isso, não precisam ser mencionados de novo neste capítulo.

## I. OIGs universais (inclusive órgãos e programas relevantes)

Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos – UNHCHR
<http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR
<http://www.acnur.org/t3/portugues/>

Fundo das Nações Unidas para a Infância – Unicef
<http://www.unicef.org.br/>

Organização Internacional do Trabalho – OIT
<http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>

Organização Mundial da Saúde – OMS
<http://www.who.int/en/>

Organização das Nações Unidas – ONU
<http://www.un.org/>

Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura – FAO
<http://www.fao.org/>

Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – Unesco
<http://portal.unesco.org/en/ev.php/URL_ID=29008&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD

<http://www.pnud.org.br/home/>

## II. OIGs regionais (inclusive órgãos e programas relevantes)

### 1. OIGs africanas

União Africana – UA
<http://www.africa-union.org/>

### 2. OIGs americanas

Comissão Interamericana de Mulheres
<http://portal.oas.org/Default.aspx?tabid=621&language=en-US>

Instituto Interamericano de Direitos Humanos – IIDH
<http://www.iidh.ed.cr/>

Organização dos Estados Americanos – OEA
<http://www.oas.org/main/portuguese/>

### 3. OIGs asiáticas

League of Arab States (LAS)
<http://www.al-bab.com/arab/docs/league.htm>

Organization of the Arab Conference (OIC)
<http://www.oic-oci.org/>

### 4. OIGs europeias

Conselho da Europa – CE
<http://www.coe.int/t/pt/com/about_coe/>

União Europeia – UE
<http://europa.eu/index_pt.htm>

Organização para Segurança e Cooperação na Europa – OSCE
<http://www.osce.org/>

*Vide, em particular, o OSCE-Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR)*
<http://www.osce.org/odihr>

## § 27 Organizações não governamentais

Hoje existem milhares de organizações não governamentais (ONGs). Muitas se dedicam exclusivamente à defesa e proteção dos direitos humanos, às vezes, para a imposição de um único direito humano (por exemplo, liberdade de imprensa). Observa-se que muitas ONGs oferecem publicações com informações preciosas para pesquisas acadêmicas. Contudo, nem todas as ONGs são competentes, outras, porém, são muito mais que determinados governos ou organizações governamentais.

A seguinte seleção é um ponto de partida para aqueles que precisam de uma primeira orientação para achar "sua ONG". Ela também elenca institutos e instituições de pesquisa não governamentais.

## I. ONGs universais

*Vide, para uma primeira visão geral, a lista oferecida pela University of Minnesota Human Rights Library*
<http://www1.umn.edu/humanrts/links/ngolinks.html>

Anistia Internacional – AI
<http://www.br.amnesty.org/>

Association for the Prevention of Torture – APT
<http://www.apt.ch/>

Children Rights Information Network – Crin
<http://www.crin.org/>

Comitê Internacional da Cruz Vermelha – CICV
<http://www.icrc.org/>

Derechos Human Rights

ESCR-Net: The International Network for Economic, Social and Cultural Rights
<http://www.escr-net.org>

Federação Internacional de Sociedades da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho – FICV
<http://www.ifrc.org/>

Fian International (For the Rights to Feed Oneself)
<http://www.fian.org>

Freedom House
<http://www.freedomhouse.org>

Global IDP Project
<http://www.idpproject.org>

Human Rights First
<http://www.humanrightsfirst.org/index.aspx>

Human Rights Internet
<http://www.hri.ca/>

Human Rights Network International
<http://www.hrni.org >

Human Rights Watch – HRW
<http://www.hrw.org/>

Interights. International Centre for the Legal Protection of Human Rights
<http://www.interights.org/>

International Council of Human Rights (espanhol/francês/inglês)
<http://www.ichrp.org/>

Justiça Global
<http://www.global.org.br/>

## II. ONGs regionais

Duke University NGO Research Guide
*Oferece uma lista de importantes ONGs de todas as regiões do mundo*
<http://library.duke.edu/research/subject/guides/ngo_guide/ngo_links/rights.html>

## 1. ONGs africanas

Africa Action

Centre for Human Rights

Institute for Human Rights and Development in Africa

Southern African Development Community

West African for Refugees and Internally Displaced Persons Network

<http://www.waripnet.org>

## 2. ONGs americanas

Casa Alianza
<http://www.casa-alianza.org.uk/northsouth/CasaWeb.nsf/AboutUs?OpenPage>

Center for Justice and International Law (Cejil)
<http://www.cejil.org/main.cfm?switch=i>

Comisión para Defensa de los Derechos Humanos en Centroamerica (Codehuca)
<http://www.codehuca.or.cr>

Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem)
<http://www.cladem.org/>

Equipo Nizkor
<http://www.derechos.org/nizkor/>

Inter-American Institute of Human Rights (IIDH) (espanhol/inglês)
<http://www.iidh.ed.cr>

Latin American Federation of Associations for Relatives of the Detained-Disappeared (Fededam) (inglês/espanhol)
<http://www.desaparecidos.org/fedefam/eng.html>

Nuevos Derechos del Hombre
<http://www.ndh.org.ar/>

The Central American Refugee Center
<http//www.icomm.ca/carecen>

South and Meso American Indian Rights Centre (SAIIC)
<http://saiic.nativeweb.org/>

Viva Rio
<http://www.vivario.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>

## 3. ONGs asiáticas

Arab Institute for Human Rights (AIHR)
<http://www.aihr.org.tn>

Asian Regional Resource Center for Human Rights Education (ARRCHR)
<http://www.arrc-hrfe.com>

Asian Human Rights Commission (ACRC) & Asian Legal Resource Centre
<http://www.ahrchk.net>

Cairo Institute for Human Rights Studies
<http://www.cihrs.org>

## 4. ONGs europeias

Abo Akademi Human Rights Institute
<http://web.abo.fi/instut/imr/>

German Institute for Human Rights (Deutsches Institut für Menschenrechte)
<http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/>

Netherland Institute of Human Rights (SIM)
<http://www.uu.nl/EN/faculties/leg/organization/schools/schooloflaw/organization/institutenencentra/studieeninformatiecentrummensenrechten/Pages/default.aspx>

Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights (BIM)
<http://www.univie.ac.at/bim/php/bim/index_eng.php>

# GLOSSÁRIO

| | |
|---|---|
| Ação afirmativa | Conjunto de ações ou programas, criados para aumentar o número de oportunidades educacionais e de trabalho, destinados a indivíduos ou grupos aos quais foram negados plena participação e acesso a direitos. |
| *Acta iure gestionis* | Atos de natureza comercial/privada realizados por agentes ou oficiais de um Estado (geralmente isentos de imunidade estatal). |
| *Acta iure imperii* | Atos de Estado/de natureza oficial (geralmente implicam imunidade estatal). |
| Admissibilidade (de um recurso) | Denúncia submetida à competência jurisdicional de uma Corte ou de um sistema de direitos humanos. |
| *Advisory opinion* | Veja: Opinião consultiva. |
| *Affirmative action* | Veja: Ação afirmativa. |
| *Amicus curiae* | Pessoa ou entidade que não é parte de um caso e que, voluntariamente, se propõe a oferecer informações acerca de aspectos jurídicos ou fáticos, a fim de auxiliar a Corte em sua decisão. |
| Ato *ultra vires* | Atos além da competência dos poderes do mandato. |

| | |
|---|---|
| *Aut dedere aut iudicare* (princípio de) | Princípio referente à obrigação de extraditar ou de julgar pessoas que cometeram crimes internacionais. |
| *Bona fide* (princípio de) | Princípio que requer que os sujeitos do direito internacional público cumpram suas obrigações internacionais de boa-fé. |
| *Charter-based bodies* | O sistema de direitos humanos da ONU é composto basicamente de dois tipos de órgãos. *Os treaty-based bodies* têm sua criação e atribuições baseadas em tratados. Os *charter-based bodies* têm sua criação e atribuições baseadas na Carta das Nações Unidas. |
| Cláusula *rebus sic stantibus* (princípio de) | Doutrina que permite que os tratados se tornem inaplicáveis devido a uma alteração fundamental nas circunstâncias. Trata-se essencialmente de um princípio que proporciona uma exceção à regra geral do *pacta sunt servanda* (de que acordos devem ser cumpridos). |
| Código de conduta | Conjunto de princípios operacionais de natureza voluntária, não vinculante. |
| Comentário geral | Consiste em uma declaração de autoridade de um órgão criado por meio de um tratado, acerca do conteúdo e da aplicação de um direito particular, que pode ser relevante tanto para a interpretação quanto para a aplicação de leis internacionais e internas, bem como de políticas. Às vezes é chamado de recomendação geral. Não deve ser confun- |

| | |
|---|---|
| | dido com uma decisão final emitida por um órgão. |
| Comunicação | Denúncia individual ou coletiva, feita a um órgão criado por meio de um tratado, referente a uma suposta violação de direitos humanos. Também chamada de *application*, denúncia ou petição. |
| Conflito armado | De acordo com o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, um conflito armado ocorre "sempre que Estados recorrem ao uso da força para dirimir conflitos entre si ou quando há prolongada violência armada entre as autoridades governamentais e os grupos armados organizados ou entre tais grupos dentro do Estado". O Direito Internacional Humanitário classifica os conflitos armados em internacionais e não internacionais. |
| Convenção | Tratado multilateral dotado de caráter vinculante no âmbito do direito internacional. Pode também ser chamada de Pacto, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais. |
| Declaração | Declaração solene de um órgão criado por meio de um tratado que pode conter recomendações e até mesmo formular direitos, mas que não é juridicamente vinculante. Uma declaração pode ser feita por Estados individuais acerca da aceitação ou interpretação de uma obrigação. |

| | |
|---|---|
| Derrogação (de um direito) | Revogação parcial de uma lei. No contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consiste na suspensão de uma obrigação referente a um direito humano em situações de emergência claramente definidas. |
| Devido processo legal | Aplicação da lei por meio dos tribunais de justiça. A garantia do devido processo legal requer que toda pessoa tenha direito a um julgamento justo. |
| Direito coletivo | Direito (não necessariamente humano) cujo titular ou, pelo menos, beneficiário é um grupo de pessoas. A exata definição do conceito é contenciosa. Contrário do direito individual. |
| Direito costumeiro | Fonte primária do direito internacional público, referente a regras de direito derivadas da conduta de Estados. |
| Direito individual | Direito (não necessariamente humano) cujo titular ou, pelo menos, beneficiário é o indivíduo. A exata definição do conceito é contenciosa. Contrário de direito coletivo. |
| Direito Internacional Humanitário | Direito Internacional dos Conflitos Armados (*ius in bello*). Não se confunde com o *ius ad bellum*. |
| Direitos (humanos) civis | Toda forma de garantia que protege a integridade física e psíquica. |
| Direitos culturais | Direito de preservar e gozar da identidade cultural e do desenvolvimento. |
| Direitos econômicos | Direitos humanos referentes à produção, |

| | |
|---|---|
| | ao desenvolvimento e à administração de materiais para as necessidades da vida. |
| Direitos (não) derrogáveis | Direitos humanos que, em situações de emergência, sob determinadas circunstâncias, podem ser temporariamente suspensos. |
| Direitos políticos | Toda forma de garantia que protege a participação na vida política e social. |
| Direitos sociais | Reclamações aos governos a fim de que propiciem o bem-estar a todos que residem em seus territórios. |
| Discriminação | Negação de tratamento igual, de liberdades civis ou de oportunidades a indivíduos ou grupos no que diz respeito à educação, à moradia, ao tratamento de saúde, ao trabalho ou ao acesso a bens e serviços. A discriminação pode ocorrer com base na raça, nacionalidade, sexo, orientação sexual, idade, filiação política, religiosa ou étnica, estado civil, deficiência física, mental ou de desenvolvimento. |
| *Domaine réservé* | Jurisdição exclusivamente doméstica, como meio de restringir o direito de organizações internacionais ou de estados individuais de interferirem em decisões ou em consequências das decisões tomadas por parte de um Estado. |
| *Effet utile* (princípio de) | Princípio da efetividade dos direitos humanos. O tratado de direitos humanos é interpretado de tal forma que seu objetivo e as finalidades de suas regras possam ser alcançadas. |

| | |
|---|---|
| Equidade | Nome dado ao conjunto de princípios legais em jurisdições que seguem a tradição inglesa da *common law*, complementando normas de direito estritas, cuja aplicação operaria de maneira rigorosa. |
| Esgotamento dos recursos internos | Refere-se ao princípio adotado por tribunais internacionais e por outros órgãos internacionais de direitos humanos de não julgarem casos antes que as cortes nacionais tenham a chance de fazê-lo. |
| Estado-parte | Estado que ratifica um tratado ou pacto internacional. |
| *Ex aequo et bono* | Princípios gerais de justiça. |
| *Fact-finding* | Pesquisa acerca da situação dos direitos humanos em um determinado país, por meio, por exemplo, do envio de um relator especial da ONU para tratar de determinado tema. |
| *Follow-up* (procedimento de) | Processo de acompanhamento sobre a situação dos direitos humanos em um determinado país. |
| Genêro (*Gender*) | De acordo com o art. 7o (3) do Estatuto de Roma, a definição do termo "genêro" abrange "os sexos masculino e feminino, no contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado". Há outras definições. |
| *General comment* | Veja: Comentário geral. |
| Guerra | Conflito armado de caráter internacional entre dois ou mais Estados. A declaração de estado de guerra é desnecessária. |

| | |
|---|---|
| Imputação (de violações de DHI) | Refere-se ao fato de o cometimento de uma determinada infração penal poder ser atribuído a um Estado, sendo este responsabilizado pela violação de direitos humanos. |
| Imunidade do Estado | Isenção de persecução de um Estado pelo cometimento de atos oficiais praticados por seus agentes (*acta iure imperii*). |
| *Individual complaint* | Denúncia individual. |
| Indivisibilidade (dos DHI) | Refere-se ao fato de que todos os direitos humanos são igualmente importantes para assegurar que todas as pessoas possam viver de forma livre e digna. Não há hierarquia entre eles. |
| Interdependência e inter-relação (dos DHI) | Significa que todo direito humano contribui para a realização da dignidade humana por meio da satisfação de suas necessidades físicas, psicológicas, espirituais e de desenvolvimento. A plena realização de um direito depende, totalmente ou em parte, da realização dos demais. |
| *International Bill of Rights* | Alusão às Bills of Rights como as primeiras expressões de garantias fundamentais como parte integrante de Constituições. No contexto internacional, refere-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e aos dois Pactos Internacionais de 1966 (inclusive seus Protocolos). |

| | |
|---|---|
| *Ius ad bellum* | Princípio de direito internacio-nal referente ao fato de que a guerra pode ser legitimamente travada por Estados. Trata-se de um princípio defasado, visto que a Carta da ONU proíbe o uso da força nas relações internacionais. |
| *Ius cogens* | Norma aceita pela comunidade intern acional de Estados que não permite nenhuma derrogação. Também chama da de norma peremptória ou cogente. |
| *Ius dispositivum* | Direito negociável; direito cujo conteúdo pode ser renunciado por meio de acordo. |
| *Ius in bello* | Direito internacional aplicável durante conflitos armados. Também chamado Direito Internacional Humanitário ou Direito Internacional dos Conflitos Armados. Não significa que os Estados tenham o direito de iniciar um conflito armado. Contrário ao *ius ad bellum*. |
| *Ius standi (in iudicio)* | Veja: *Locus standi.* |
| Jurisdição extraterritorial | Prerrogativa de um Estado de ter competência para julgar pessoas pelo cometimento de crimes ocorridos fora de seu território (não deve ser confundido com a questão de aplicabilidade extraterritorial dos tratados de direitos humanos). |
| Jurisdição universal | Competência legal, reclamada por parte do Estado, para perseguir criminosos, independentemente do local de cometimento do crime. |
| *Local remedies-rule* | Veja: Esgotamento dos recursos internos. |

| | |
|---|---|
| *Locus standi (in iudicio)* | Acesso direto à corte ou a outro órgão judicial. |
| Mérito (da causa) | Fundamento de decisão judicial ou de sentença. |
| *Non-refoulement* (princípio de) | Princípio que proíbe a devolução de um refugiado ao Estado que pretende julgá-lo, considerando o fato de que este refugiado corre risco de sofrer violações de direitos humanos após a sua volta. Não confere um direito positivo ao asilo nem a obrigação de receber o refugiado de forma permanente. |
| Objetor persistente | Estado que, de forma consistente e expressa, manifesta-se contrário a uma determinada regra/norma ao longo do processo de elaboração de um tratado e que, consequentemente, reserva-se o direito de não se vincular a ela nem de aplicá-la. |
| Obrigações *erga omnes* | Normas que obrigam todos os Estados, isto é, toda a comunidade de Estados. Vigoram como direito costumeiro internacional. Trata-se de bens jurídicos cuja proteção é de interesse e de responsabilidade de todos. Quando as obrigações vinculam apenas em relação aos Estados-Partes de um tratado internacional de direitos humanos, fala-se em "obrigações *erga omnes inter partes*". |
| Opinião consultiva | Opinião não vinculante proferida por um tribunal ou órgão julgador sobre determinado tema. |
| *Opinio iuris* | Elemento constitutivo do direito costumeiro internacional. |

| | |
|---|---|
| *Ordre public* | Refere-se à ordem pública. Os direitos humanos não podem ser entendidos apenas como direitos subjetivos, mas também como princípios de ordem objetivos, no âmbito do direito público e, consequentemente, tornando-se parte integrante da ordem pública da comunidade internacional. |
| Organização internacional | Organizações constituídas por Estados. Também denominadas de organizações intergovernamentais. O termo é empregado, às vezes, também para organizações internacionais não estatais. |
| Organização não governamental | Organização não constituída por governos (Estados). |
| *Pacta sunt servanda* (princípio de) | Princípio de que todos os acordos em vigor devem ser respeitados e cumpridos de boa-fé pelas partes. Isso permite que as partes respeitem e façam respeitar os tratados. Os limites a este princípio são as normas peremptórias, de caráter *ius cogens*, e a cláusula *rebus sic stantibus.* |
| *Persistent objector* | Veja: Objetor persistente. |
| Petição | Veja: Comunicação. |
| Queixa | Denúncia. Veja: Comunicação. |

| | |
|---|---|
| Ratificação | Procedimento por meio do qual o Estado, após ter assinado um determinado tratado, declara-se legalmente vinculado a ele. |
| *Rationae materiae* | Aplicabilidade de um tratado internacional em razão da matéria. |
| *Rationae personae* | Aplicabilidade de um tratado internacional em razão da pessoa. |
| *Rationae tempore* | Aplicabilidade de um tratado internacional em razão do tempo. |
| Relator especial | *Expert* escolhido por um órgão do sistema universal (ONU) ou de sistemas regionais (como a OEA) para preparar relatórios regulares sobre a situação dos direitos humanos em um determinado país (relator especial para um determinado país) ou sobre uma temática de direitos humanos específica (relator temático). Se a pessoa for escolhida pelo Secretário-Geral da ONU, pode ser chamada também de "representante especial". Uma função similar pode ser também a do *expert* independente. |
| Represália | Medidas coercitivas, derrogatórias das regras ordinárias de Direito Internacional Público, tomadas por um Estado em decorrência de atos ilícitos cometidos em seu prejuízo por um outro Estado, e destinadas a impor a este, por meio de um dano, o respeito do direito. Existem várias proibições de represálias. |
| Reserva | Declaração feita por parte do Estado que expressa isenções ou modificações |

| | |
|---|---|
| | dos efeitos legais acerca de determinadas previsões do tratado a ser ratificado. |
| Resolução (de uma OI) | Decisão de um órgão de uma organização intergovernamental. Com exceção das resoluções do Conselho de Segurança da ONU, geralmente não são vinculantes do ponto de vista jurídico. |
| Responsabilidade internacional | Responsabilidade do Estado ou de outro sujeito de direito internacional público, decorrente de um ato ilícito internacional, como, por exemplo, de uma violação de direitos humanos. |
| Retorsão | Resposta jurídica pacífica, porém negativa, por parte de um Estado, a um ato ou violação de obrigação internacional de outro Estado. Não deve ser confundida com represália. |
| *Rule of law* | Máxima geral do direito, segundo a qual decisões devem ser tomadas por meio da aplicação de princípios e leis conhecidas, sem a intervenção de discricionariedade na sua aplicação. Essa máxima visa a ser uma salvaguarda contra a governança arbitrária. |
| *Self-contained regime* | Conceito controverso. Noção da existência de regimes jurídicos especiais isolados do Direito Público International Geral, o que impossibilita que suas regras gerais possam ingressar no regime jurídico internacional. |
| *Self-executing norm* | Norma cujo conteúdo é autoaplicável, sem que haja qualquer condicionante ou possibilidade de atuação discricionária |

| | |
|---|---|
| | por parte do órgão julgador em atuar de forma contrária a sua aplicação. |
| *Soft law* | Parte do Direito Internacional Público que não configura o verdadeiro direito positivo (*hard law*). Norma que não tem fundamento no direito público e cuja violação não implica responsabilidade dos Estados. Direito sem vinculação jurídica, porém importante para a construção do direito internacio-nal costumeiro. |
| *Special procedures* | Nomenclatura geral dos mecanismos estabelecidos pela Comissão de Direitos Humanos a fim de analisar a situação de países específicos ou de situações específicas. Os procedimentos especiais são meios para que a Comissão esteja constantemente engajada em um determinado tema ao longo do ano. |
| *Special rapporteur* | Veja: Relator especial. |
| *Special representative* | Representante especial. |
| *Specialized agency* | Agências da ONU cujas atribuições diferenciam-nas de outras organizações internacionais. Sua criação é fundada no artigo 57 da Carta das Nações Unidas e, por isso, elas pertencem à família das Nações Unidas. |
| *Standard-setting* | Especificação das normas e princípios de direitos humanos por meio de propostas de novos instrumentos vinculantes ou de soft law. |
| *Treaty-based bodies* | O sistema de direitos humanos da ONU faz distinção entre *treaty-based* e *char-* |

| | |
|---|---|
| | *ter based bodies. Treaty-based bodies* são órgãos internacionais criados com base em tratados. |
| *Universal Peer Review* | Procedimento obrigatório a todos os Estados-Membros da ONU, realizado no âmbito do Conselho de Direitos Humanos, segundo o qual cada Estado informa perio-dicamente o Conselho acerca da situação dos direitos humanos em seu território. Relatórios podem ser enviados também por parte de organizações não governamentais (*shaddow report*). |
| Universalidade (dos DHI) | Refere-se à aplicabilidade universal e irrestrita dos direitos humanos, sem qualquer forma de distinção, e devem ser respeitados por todas as pessoas, no mundo todo, independentemente de países, culturas ou situações específicas. Não significa a uniformidade de aplicação e interpretação desses direitos no âmbito interno dos Estados. Não deve ser confundido com jurisdição universal. |
| *View* | Veja: Vista. |
| Visita *in loco* | Investigação no local. |
| Vista | Designação para os pareceres jurídicos que os Comitês elaboram acerca de possíveis violações às Convenções de Direitos Humanos. Quando ocorre uma violação a um determinado trata-do, cria-se um procedimento de acompanhamento da situação para o caso. |

# Sobre os autores do Manual

***André de Carvalho Ramos***
Professor Doutor e Livre-Docente de Direito Internacional e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela USP. Mais detalhes em: <http://lattes.cnpq.br/3246632731928851>.

***Eugênio José Guilherme de Aragão***
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Direito Internacional pela Universidade Ruhr de Bochum (RUB-Alemanha). Mais detalhes em: <http://lattes.cnpq.br/2609038795855580>.

***George Rodrigo Bandeira Galindo***
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Mais detalhes em: <http://lattes.cnpq.br/6991513208754620>.

***Hans-Joachim Heintze***
Professor Doutor e Livre-Docente de Direito Internacional no Instituto para o Direito de Segurança de Paz e Direito Internacional Humanitário da Universidade Ruhr de Bochum (RUB-Alemanha). Doutor e Livre-Docente pela Universidade de Leipzig.
Mais detalhes em: <http://www.ifhv.rub.de/orga/staff/heintze.html>.

***Luiza Cristina Fonseca Frischeisen***
Professora da Universidade de Taubaté (UNITAU). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mais detalhes em: http://lattes.cnpq.br/7130300042130000>.

***Sven Peterke***
Professor de Ciência Política no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Doutor em Direito Internacional pela Universidade Ruhr de Bochum (RUB-Alemanha). Mais detalhes em: <http://lattes.cnpq.br/1324971371300072>.