

v. 10 • n. 18 • jun. 2013
Semestral

Edição em Português

INFORMAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

● **Sérgio Amadeu da Silveira**

Aaron Swartz e as Batalhas pela Liberdade do Conhecimento

● **Alberto J. Cerda Silva**

Internet Freedom não é Suficiente:

Para uma Internet Fundamentada nos Direitos Humanos

● **Fernanda Ribeiro Rosa**

Inclusão Digital como Política Pública:

Disputas no Campo dos Direitos Humanos

● **Laura Pautassi**

Monitoramento do Acesso à Informação a Partir
dos Indicadores de Direitos Humanos

● **Jo-Marie Burt e Casey Cagley**

Acesso à Informação, Acesso à Justiça:

Os Desafios da *Accountability* no Peru

● **Marisa Viegas e Silva**

O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas:
Seis Anos Depois

● **Jérémie Gilbert**

Direito à Terra como Direito Humano:

Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra

● **Pétalla Brandão Timo**

Desenvolvimento à Custa de Violações:

Impacto de Megaprojetos nos Direitos Humanos no Brasil

● **Daniel W. Liang Wang e Octavio Luiz Motta Ferraz**

Atendendo os mais Necessitados?

Acesso à Justiça e o Papel dos Defensores e Promotores Públicos
no Litígio Sobre Direito à Saúde na Cidade de São Paulo

● **Obonye Jonas**

Direitos Humanos, Extradicação e Pena de Morte:

Reflexões Sobre o Impasse Entre Botsuana e África Do Sul

● **Antonio Moreira Maués**

Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e
Interpretação Constitucional



CONSELHO EDITORIAL

Christof Heyns Universidade de Pretória (África do Sul)
Emílio García Méndez Universidade de Buenos Aires (Argentina)
Fifi Benaboud Centro Norte-Sul do Conselho da União Européia (Portugal)
Fiona Macaulay Universidade de Bradford (Reino Unido)
Flávia Piovesan Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
J. Paul Martin Universidade de Columbia (Estados Unidos)
Kwame Karikari Universidade de Gana (Gana)
Mustapha Kamel Al-Sayyed Universidade do Cairo (Egito)
Roberto Garretón Ex-Funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Chile)
Upendra Baxi Universidade de Warwick (Reino Unido)

EDITORES

Pedro Paulo Poppovic
Oscar Vilhena Vieira

CONSELHO EXECUTIVO

Maria Brant - **Editora Executiva**
Albertina de Oliveira Costa
Conrado Hubner Mendes
Glenda Mezarobba
Hélio Batista Barboza
Juana Kweitel
Laura Waisbich
Lucia Nader

EDIÇÃO

Luz González
Francisca Evrard

REVISÃO DE TRADUÇÕES

Carolina Fairstein (Espanhol)
Ana Godoy (Português)
The Bernard and Audre Rapoport
Center for Human Rights and Justice,
University of Texas, Austin (Inglês)

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

CIRCULAÇÃO

Luz González

IMPRESSÃO

Pro! Editora Gráfica Ltda.

COMISSÃO EDITORIAL

Alejandro M. Garro Universidade de Columbia (Estados Unidos)
Bernardo Sorj Universidade Federal do Rio de Janeiro / Centro Edelstein (Brasil)
Bertrand Badie Sciences-Po (França)
Cosmas Gitta PNUD (Estados Unidos)
Daniel Mato CONICET/ Universidade Nacional Tres de Febrero (Argentina)
Daniela Ikawa Rede Internacional para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/ Universidade de Columbia (Estados Unidos)
Ellen Chapnick Universidade de Columbia (Estados Unidos)
Ernesto Garzon Valdés Universidade de Mainz (Alemanha)
Fateh Azzam Arab Human Right Funds (Líbano)
Guy Haarscher Universidade Livre de Bruxelas (Bélgica)
Jeremy Sarkin Universidade de Western Cape (África do Sul)
João Batista Costa Saraiva Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo/RS (Brasil)
José Reinaldo de Lima Lopes Universidade de São Paulo (Brasil)
Juan Amaya Castro Universidade para a Paz (Costa Rica)/ VU Universtiy Amsterdam (Países Baixos)
Lucia Dammert Consorcio Global para a Transformação da Segurança (Chile)
Luigi Ferrajoli Universidade de Roma (Itália)
Luiz Eduardo Wanderley Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
Malak El-Chichini Poppovic Conectas Direitos Humanos (Brasil)
Maria Filomena Gregori Universidade de Campinas (Brasil)
Maria Hermínia Tavares de Almeida Universidade de São Paulo (Brasil)
Miguel Cillero Universidade Diego Portales (Chile)
Mudar Kassis Universidade Birzeit (Palestina)
Paul Chevigny Universidade de Nova York (Estados Unidos)
Philip Alston Universidade de Nova York (Estados Unidos)
Roberto Cuéllar M. Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica)
Roger Raupp Rios Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)
Shepard Forman Universidade de Nova York (Estados Unidos)
Victor Abramovich Universidade de Buenos Aires (UBA)
Victor Topanou Universidade Nacional de Benin (Benin)
Vinodh Jaichand Centro Irlandês de Direitos Humanos, Universidade Nacional da Irlanda (Irlanda)

SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos é uma revista semestral, publicada em inglês, português e espanhol pela Conectas Direitos Humanos. Está disponível na internet em <www.revistasur.org>.

SUR está indexada nas seguintes bases de dados: IBSS (International Bibliography of the Social Sciences); ISN Zurich (International Relations and Security Network); DOAJ (Directory of Open Access Journals) e SSRN (Social Science Research Network). Além disso, Revista Sur está disponível nas seguintes bases comerciais: EBSCO e HEInonline, ProQuest e Scopus. SUR foi qualificada como A1 (Colômbia) e A2 (Qualis, Brasil).

SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.1, n.1, jan.2004 – São Paulo, 2004 - .

Semestral

ISSN 1806-6445

Edições em Inglês, Português e Espanhol.

1. Direitos Humanos 2. ONU I. Rede Universitária de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INFORMAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

SÉRGIO AMADEU DA SILVEIRA	7	Aaron Swartz e as Batalhas pela Liberdade do Conhecimento
ALBERTO J. CERDA SILVA	17	<i>Internet Freedom</i> não é Suficiente: Para uma Internet Fundamentada nos Direitos Humanos
FERNANDA RIBEIRO ROSA	33	Inclusão Digital como Política Pública: Disputas no Campo dos Direitos Humanos
LAURA PAUTASSI	57	Monitoramento do Acesso à Informação a Partir dos Indicadores de Direitos Humanos
JO-MARIE BURT E CASEY CAGLEY	79	Acesso à Informação, Acesso à Justiça: Os Desafios da <i>Accountability</i> no Peru
MARISA VIEGAS E SILVA	103	O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas: Seis Anos Depois
JÉRÉMIE GILBERT	121	Direito à Terra como Direito Humano: Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra
PÉTALLA BRANDÃO TIMO	145	Desenvolvimento à Custa de Violações: Impacto de Megaprojetos nos Direitos Humanos no Brasil
DANIEL W. LIANG WANG E OCTAVIO LUIZ MOTTA FERRAZ	167	Atendendo os mais Necessitados? Acesso à Justiça e o Papel dos Defensores e Promotores Públicos no Litígio Sobre Direito à Saúde na Cidade de São Paulo
OBONYE JONAS	191	Direitos Humanos, Extradicação e Pena de Morte: Reflexões Sobre o Impasse Entre Botsuana e África Do Sul
ANTONIO MOREIRA MAUÉS	215	Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional

APRESENTAÇÃO



A SUR 18 foi elaborada em parceria com as organizações Article 19 (Brasil e Reino Unido) e Fundar (México). Em nosso dossiê temático deste número, procuramos reunir análises sobre as muitas relações entre informação e direitos humanos, tendo como objetivo último responder às perguntas: Qual é a relação entre direitos humanos e informação e como a informação pode ser usada para garantir direitos humanos? Também incluímos nesta edição artigos sobre outros temas relacionados à pauta dos direitos humanos hoje.

Dossiê temático: Informação e Direitos Humanos

Até recentemente, muitas das organizações de direitos humanos do Sul Global concentravam sua atuação na defesa de liberdades ameaçadas por regimes ditatoriais. Neste contexto, sua principal estratégia de ação era a denúncia, intimamente ligada à constante busca pelo acesso a informações sobre violações e à produção de uma contra-narrativa capaz de incluir as preocupações com os direitos humanos nos debates públicos. Por não encontrar ressonância em seus próprios governos, as organizações muitas vezes dirigiam suas denúncias a governos estrangeiros e organizações internacionais, na tentativa de persuadi-los a exercer pressão externa sobre seus próprios países.*

Com a democratização de muitas das sociedades do Sul Global, as organizações de direitos humanos passaram a reinventar sua relação com o Estado e com os demais atores do sistema, assim como sua maneira de dialogar com a população dos países onde atuavam. Mas a persistência de violações mesmo após o fim das ditaduras e a falta de transparência de muitos dos governos do Sul significaram que a produção de contra-narrativas seguiu sendo a grande ferramenta de atuação das organizações. A informação, portanto, permaneceu sendo sua principal matéria-prima, já que o combate a violações passa necessariamente pelo conhecimento acerca das mesmas (locais onde ocorrem, principais agentes envolvidos, caráter das vítimas e da frequência com que ocorrem, etc.). As denúncias, porém, outrora encaminhadas a governos estrangeiros e organizações internacionais, passam a ser dirigidas aos atores locais, na expectativa de que, informados sobre violações e equipados com o poder de voto e outros canais de participação, eles próprios exerçam pressão sobre seus governos. Adicionalmente, com a democratização, além de coibir abusos, grande parte das organizações de direitos humanos do Sul Global passam a almejar se tornar atores legítimos na formulação de políticas públicas que garantam os direitos humanos, principalmente aqueles de minorias muitas vezes não representadas pelo sistema de voto majoritário.

Nesse cenário, as informações produzidas pelo poder público, em forma de relatórios e documentos internos, tornam-se fundamentais para a atuação da sociedade civil. Hoje, busca-se dados não apenas sobre violações de direitos cometidas pelo Estado, tais como estatísticas sobre tortura e violência policial, mas também sobre atividades relacionadas à gestão e à administração pública. Por

vezes, interessa saber como se dão os processos decisórios (como e quando se decide pela construção de novas obras de infraestrutura no país, por exemplo, ou como se dá o processo de formulação do voto do país no Conselho de Direitos Humanos da ONU), por outras, mais vale saber dos resultados (quantos presos existem em uma dada cidade ou região, ou quanto do orçamento será alocado para a saúde pública). Dessa forma, o acesso à informação transformou-se em uma das principais bandeiras de organizações sociais atuando nas mais diferentes áreas, e a temática da publicidade e transparência do Estado tornou-se chave. Esse movimento obteve vitórias significativas em anos recentes, e um número crescente de governos tem se comprometido com os princípios de *Governo-Aberto*** ou aprovado diferentes versões de leis de acesso à informação.***

Essa legislação tem tido papel importante no campo da justiça transicional, ao permitir que violações de direitos humanos cometidas por governos ditatoriais sejam finalmente conhecidas e, em alguns casos, que os responsáveis pelas violações sejam julgados. Em seu artigo **Acesso à informação, acesso à justiça: os desafios à accountability no Peru**, Jo-Marie Burt e Casey Cagley examinam, com foco no caso peruano, os obstáculos enfrentados por cidadãos buscando justiça em relação a atrocidades cometidas no passado.

Como demonstra o caso do Peru examinado por Burt e Cagley, a aprovação de novas leis de acesso à informação representa, sem dúvida, progresso importante, mas a implantação dessa legislação tem demonstrado que não é suficiente para que os governos se tornem verdadeiramente transparentes. Muitas vezes, as leis se limitam a obrigar governos a divulgar dados que tenham produzido apenas se forem instados a isso por um cidadão ou cidadã. Não obrigam o Estado, porém, a produzir relatórios que tornem os dados existentes inteligíveis, nem a divulgar essas informações espontaneamente. O problema é exacerbado quando o Estado não chega nem mesmo a produzir os dados que seriam fundamentais

** A Open Government Partnership é uma iniciativa de oito países (África do Sul, Brasil, Coreia do Sul, Estados Unidos, Filipinas, Indonésia, México, Noruega e Reino Unido) para promover a transparência governamental. Em 2011, foi assinada a Declaração do Governo Aberto e no fim de 2012 a rede já congregava 57 países (Disponível em: <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/09/198255.htm>). A iniciativa leva em conta as os diferentes estágios de transparência pública em cada um dos países membros, por isso cada governo tem um plano de ação próprio para implementar os princípios de governo aberto. Mais informações sobre a iniciativa estão disponíveis em: <http://www.opengovpartnership.org>.

***Em 1990, 13 países possuíam instrumentos jurídicos nos modelos de uma Lei de Acesso à informação (Cf. Toby Mendel. 2007. Access to information: the existing State of affairs around the world. In. VILLANUEVA, Ernesto. Derecho de la información, culturas y sistemas jurídicos comparados. México: Universidad Nacional Autónoma de México). Já em 2010, aproximadamente 70 países contavam com este instrumento. (Cf. ROBERTS, Alasdair S. 2010. A Great and Revolutionary Law? The First Four Years of India's Right to Information Act. Public Administration Review, vol.70, n. 6, p. 25–933.). Entre eles, África do Sul (2000), Brasil (2012), Colômbia (2012), Coreia do Sul (1998), Índia (2005), Indonésia (2010), México (2002) e Peru (2003).

* K. Sikkink cunhou o termo "efeito bumerangue" para retratar essa forma de atuação das organizações da sociedade civil de países vivendo sob regimes não democráticos.

para o controle social de sua atuação. Esse é, muito frequentemente, o caso de informações sobre processos de tomada de decisão, particularmente difíceis de serem obtidas. Outro campo em que a transparência deixa a desejar é o das informações sobre atores privados subsidiados por recursos públicos, tais como mineradoras, ou objeto de concessões estatais, como as empresas de telecomunicação.

Muitas organizações do Sul também têm se ocupado em produzir relatórios que traduzam os dados governamentais em informações compreensíveis e que possam informar estratégias de atuação da sociedade civil organizada ou decisões políticas dos cidadãos. Organizações de direitos humanos também têm pressionado seus governos para medir sua atuação em termos de indicadores que possam ajudar a identificar e combater desigualdades no acesso a direitos. Esse é o tema do artigo de Laura Pautassi, intitulado **Monitoramento do acesso à informação a partir dos indicadores de direitos humanos**, no qual a autora discute o mecanismo adotado recentemente pelo Sistema Inter-Americano de Direitos Humanos no que diz respeito à obrigação de informar dos Estados-Partes sob o artigo 19 do Protocolo de San Salvador.

A relação entre informação e direitos humanos, contudo, não se limita ao campo da transparência governamental. A falta de acesso livre a informações produzidas em âmbito privado também pode contribuir para acirrar assimetrias de poder ou mesmo restringir o acesso a direitos de grupos particularmente vulneráveis. O exemplo mais evidente desse último risco vem da indústria farmacêutica, que cobra valores altíssimos por medicamentos protegidos por leis de patente, efetivamente impedindo o acesso à saúde de populações inteiras. A privatização da produção científica por editoras de periódicos acadêmicos é outro exemplo. A questão ganhou notoriedade recente com a morte de Aaron Swartz, ativista americano que supostamente cometeu suicídio enquanto era réu num longo processo de quebra de *copyright*. Sergio Amadeu da Silveira abre esta SUR com um perfil de Swartz (Aaron Swartz e as batalhas pela liberdade do conhecimento), articulando sua vida com os embates atuais pela liberdade do conhecimento diante do enrijecimento das legislações de propriedade intelectual e da atuação da indústria do *copyright* com vista a subordinar os direitos humanos ao controle das fontes de criação.

Tendo a internet ganhado papel crucial na produção e disseminação de informação, é natural que tenha se tornado campo de disputas entre o interesse público e os interesses privados, como bem ilustra o caso de Swartz. Nesse sentido, sociedade civil e governos têm procurado adotar mecanismos de regulação que tentem equilibrar esses dois lados da balança, tais como a chamada *Internet Freedom*, tema de outro artigo da presente edição. Em seu texto, **Internet Freedom não é suficiente: por uma internet fundada nos direitos humanos**, Alberto J. Cerda Silva argumenta que as medidas propostas por esse conjunto de iniciativas público-privadas não são suficientes para atingir o fim ao qual se propõe, qual seja, contribuir para a realização progressiva dos direitos humanos e para o funcionamento de sociedades democráticas.

A importância da Internet como veículo de comunicação e informação também significa que o acesso a ela passou a representar fator crucial de inclusão econômica e social. Para corrigir desigualdades nesse âmbito, organizações da sociedade civil e governos têm criado programas que visam à chamada "inclusão digital" de grupos que enfrentam dificuldades para acessar a rede. Fernanda Rosa, em outro artigo que compõe o dossiê Informação e Direitos Humanos desta edição, **Inclusão Digital como Política Pública: Disputas**

no Campo dos Direitos Humanos, defende a importância de abordar a inclusão digital como um direito social, que, a partir do diálogo com o campo da educação e do conceito de letramento digital, vá além do simples acesso às TIC e incorpore outras habilidades e práticas sociais necessárias no atual estágio informacional da sociedade.

Artigos não temáticos

Esta edição inclui cinco artigos adicionais relativos a outras questões relevantes para a pauta dos direitos humanos hoje.

Desenvolvimento à Custa de Violações: Impacto de Megaprojetos nos Direitos Humanos no Brasil, Pétalla Timo analisa tema de particular relevância na atualidade: as violações de direitos humanos que têm ocorrido no Brasil a partir da implementação de megaprojetos de desenvolvimento, tais como o Complexo Hidroelétrico de Belo Monte, e a preparação para megaeventos como a Copa do Mundo de 2014.

Dois textos tratam da defesa de direitos econômicos e sociais. Em **Direito à Terra como Direito Humano: Argumentos em prol de um Direito Específico à Terra** Jérémie Gilbert oferece argumentos para a incorporação do direito à terra como direito humano em instrumentos normativos internacionais, onde, até hoje, figura apenas de forma atrelada a outros direitos. **Atendendo os mais Necessitados? Acesso à Justiça e o Papel dos Defensores e Promotores Públicos no Litígio Sobre Direito à Saúde na Cidade de São Paulo**, Daniel W. Liang Wang e Octavio Luiz Motta Ferraz analisam ações judiciais relacionadas ao direito à saúde na capital paulista em que litigantes são representados por defensores e promotores públicos com o objetivo de verificar se as ações têm beneficiado os cidadãos mais necessitados e contribuído para a expansão do acesso à saúde.

Outro artigo trata do principal mecanismo da ONU para o monitoramento internacional dos direitos humanos. Em seu **O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas: seis anos depois**, Marisa Viegas e Silva analisa de forma crítica a atuação e as mudanças introduzidas nesse órgão da ONU em seus seis primeiros anos de existência.

Em **Direitos Humanos, Extradicação e Pena de Morte: Reflexões sobre o Impasse entre Botsuana e África do Sul**, Obonye Jonas examina o impasse entre os dois países africanos no que diz respeito à extradicação de cidadãos de Botsuana presos na África do Sul e acusados em seu país de origem por crimes passíveis de pena de morte.

Finalmente, Antonio Moreira Maués, em **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**, analisa os impactos de uma decisão de 2008 do Supremo Tribunal Federal quanto ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, passando a adotar a tese da supralegalidade.



Este é o sexto número da SUR publicado com o financiamento e a colaboração da Fundação Carlos Chagas (FCC). Agradecemos mais uma vez o apoio crucial da FCC à Revista Sur desde 2010. Gostaríamos igualmente de expressar nossa gratidão a Camila Asano, David Banisar, David Lovatón, Eugenio Bucci, Félix Reategui, Ivan Estevão, João Brant, Jorge Machado, Júlia Neiva, Luís Roberto de Paula, Marcela Viera, Margareth Airlha, Marijane Lisboa, Maurício Hashizume, Nicole Fritz, Reginaldo Nasser e Sérgio Amadeu pelos pareceres sobre os artigos submetidos à esta edição da revista. Por fim, agradecemos a Laura Trajber Waisbich (Conectas) pelos *insights* sobre a relação entre informação e direitos humanos que deram fundamento a esta Apresentação.



SÉRGIO AMADEU DA SILVEIRA

Sérgio Amadeu da Silveira é professor da Universidade Federal do ABC (UFABC). Doutor em Ciência política pela USP, integra o Conselho Científico da Associação Brasileira de Pesquisadores de Ciberultura (ABCiber). É representante da sociedade civil no Comitê Gestor da Internet no Brasil. Foi presidente do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (2003-2005).

Email: sergioamadeu@uol.com.br

RESUMO

O artigo relata sucintamente a história de Aaron Swartz, uma das grandes vítimas da guerra travada em torno da chamada propriedade do conhecimento. Aaron foi encontrado enforcado no dia 11 de janeiro de 2013, no apartamento em que morava em Nova York. Programador e ciberativista, acusado pelo governo norte-americano de invadir computadores para uma suposta liberação de artigos acadêmicos protegidos por *copyright*, poderia ser condenado a 35 anos de prisão. O texto articula a vida de Swartz com os embates atuais pela liberdade do conhecimento diante do enrijecimento das legislações de propriedade intelectual e da atuação obscura da indústria do *copyright* com vista a subordinar os direitos humanos ao controle das fontes de criação.

Original em português.

Recebido em junho de 2013. Aprovado em junho de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Aaron Swartz – Ciberativismo – Propriedade intelectual – Compartilhamento – Conhecimento livre



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

AARON SWARTZ E AS BATALHAS PELA LIBERDADE DO CONHECIMENTO

Sérgio Amadeu da Silveira

O professor Pedro Rezende, criptógrafo da Universidade de Brasília, considera Aaron Swartz a primeira grande baixa da ciberguerra (REZENDE, 2013). Mas, existe uma guerra cibernética? Quem são os exércitos em combate? O que está em disputa? Os combates perceptíveis são de uma guerra que se dá pelo controle e modulação da sociedade global em um cenário informacional em que o valor está cada vez mais em produtos simbólicos e bens intangíveis, ou seja, em uma economia imaterial. Neste período histórico de transição de um mundo industrial para uma era informacional, os poderes soberanos e disciplinares vão sendo suplantados pelos controles amplamente distribuídos e cada vez mais geradores de dominações enredadas em grandes corporações. Estas acabam por assumir poderes antes tipicamente organizados no interior dos Estados. Nesse mundo, o conhecimento é fonte direta de riqueza e de poder de um modo completamente distinto de outros períodos da história.

Aaron Swartz é uma das grandes vítimas da guerra que se trava em torno da chamada propriedade do conhecimento. Aaron foi encontrado enforcado no dia 11 de janeiro de 2013, no apartamento em que morava em Nova York. Sua morte, até o momento apresentada como suicídio, ocorreu durante a intensa batalha que o jovem programador e ciberativista travava com a Justiça e com a polícia norte-americana. Acusado pelo governo de invadir computadores para uma suposta liberação de artigos acadêmicos protegidos por *copyright*, poderia ser condenado a 35 anos de prisão. A promotoria dos Estados Unidos queria uma condenação exemplar para compensar as diversas derrotas na batalha pela redução do compartilhamento de arquivos digitais nas redes de informação.

Com sua vida interrompida aos 26 anos de idade, considerado um gênio da Internet, Swartz foi coautor do RSS (*Really Simple Syndication*) quando tinha apenas 14 anos. Agregando conteúdos de *sites* que são constantemente renovados, o RSS é utilizado amplamente na rede, seja por grandes portais ou por pequenos blogs. A ideia de compartilhar cultura, conhecimento e informação estava desde aquele momento presente nas ações do garoto Aaron, que combinava uma grande paixão pela liberdade com uma refinada perícia para o desenvolvimento de soluções de colaboração em rede.

Até o momento, a Internet e a Web são estruturas abertas que avançam de modo colaborativo, ou seja, seus principais protocolos e padrões são definidos

por documentos públicos chamados de RFCs (*Request for Comments*). Em 2001, Swartz começou a colaborar com o World Wide Web Consortium (W3C), uma comunidade internacional que desenvolve padrões abertos com o objetivo de garantir o crescimento da *web*. Em 2004, Swartz assina a publicação da RFC 3870, denominada “*application/rdf+xml Media Type Registration*”, com a finalidade de descrever um tipo de mídia para uso da linguagem XML junto à plataforma RDF, utilizada para apoiar a Web Semântica. O talentoso jovem Aaron Swartz, nascido em 8 de novembro de 1986, em Chicago, não estava preocupado em patentear e impedir acesso às suas contribuições ao mundo da tecnologia.

Em 2005, frequentando a Stanford University, Aaron Swartz cria a empresa Infogami, que deu suporte ao projeto *Open Library*, do portal Internet Archive. Mantido por uma organização sem fins lucrativos, o projeto Internet Archive trabalha pela construção de uma biblioteca digital dos *sites* da Internet e outros artefatos culturais em formato digital. Tal como uma biblioteca tradicional, ela oferece acesso gratuito aos seus arquivos na rede para os pesquisadores, historiadores, acadêmicos e para o público em geral. Aqui novamente constata-se a vocação de Aaron pela disseminação e livre acesso ao conhecimento. Em novembro de 2005, a Infogami se funde com o Reddit, um *site* em que os usuários podem divulgar ligações para conteúdo na Web. Seguindo a lógica das redes sociais, os usuários podem votar nos *links* para que eles ganhem mais ou menos destaque na página inicial. Após o Reddit ser adquirido pela Condé Nast Publications, proprietária da revista Wired, em 2006, Swartz não se adaptou ao trabalho do novo escritório, deixando a empresa.

1 O ativismo pelo conhecimento livre

Em 1984, Steven Levy escreveu *Hackers: Heroes of the Computer Revolution*, buscando traduzir o que seriam os traços fundamentais da chamada subcultura *hacker*, que surgiu nos Estados Unidos, nos anos de 1960, decisivamente influenciada pela contracultura norte-americana. Levy esclarece os pilares de uma ética dos coletivos *hackers* na seguinte passagem:

*Access to computers ... should be unlimited and total...
All information should be free...
Mistrust authority – promote decentralization...
Hackers should be judged by their hacking, not bogus criteria such as degrees, age,
race, or position...
You can create art and beauty on a computer...
Computers can change your life for the better.**

(LEVY, 2001, p. 27-33)

Aaron Swartz pode ser visto como um *hacker* no sentido original da expressão. Um aficionado por códigos e pelo compartilhamento dos desafios intelectuais que conseguia superar. Pekka Himanen, estudioso da ética *hacker*, observou que

*Tradução livre: “Acesso aos computadores. . . deveria ser ilimitado e total... / Todas as informações deveriam ser livres... / Desconfie das autoridades e promova a descentralização... / Hackers deveriam ser julgados por seus “hackeamentos” e não por outros critérios, tais como escolaridade, idade, raça ou posição social... / Você pode criar arte e beleza em um computador... / Os computadores podem mudar sua vida para melhor.”

“o primeiro valor a guiar a vida de um *hacker* é a paixão, ou seja, algum objetivo interessante que o move e que é de fato gerador de alegria em sua realização” (HIMANEN, 2001, p. 18). Aaron Swartz nunca aparentou estar preocupado em acumular dinheiro. Acompanhando sua curta vida percebe-se que, para ele, a grande riqueza estava em colaborar com a criação e disseminação do conhecimento. O mais interessante é que os adeptos da apropriação privada e do bloqueio ao compartilhamento nunca puderam lançar contra Swartz a ideia de que sua defesa do compartilhamento era fruto de um tipo de incapacidade técnica ou inferioridade tecnológica, que alimenta inúmeros discursos obscuros e preconceituosos. Swartz tinha uma inteligência e uma capacidade criativa impressionantes.

Em 2008, utilizou um *script*, uma rotina que automatizou a realização de *download* de mais de 2 milhões de documentos da PACER, *site* do Judiciário Federal norte-americano. Para acessar os documentos da PACER, era necessário utilizar um sistema de cobrança *online*. Swartz usou seu programa para contornar o sistema de pagamento, dando livre acesso aos textos, que eram públicos. Por isso, acabou sendo investigado pelo FBI, mas, como ninguém apresentou uma denúncia formal, seu processo foi arquivado.

Propondo uma insurgência cívica contra a privatização do conhecimento – que para ele nascia de uma construção coletiva, emergia do que era comum –, Swartz lançou, ainda em 2008, o *Guerilla Open Access Manifesto*, que traz com clareza seu ideário pela liberdade de acesso aos bens culturais e científicos. Os trechos seguintes demonstram claramente qual a guerrilha que Aaron nos propunha:

Information is power. But like all power, there are those who want to keep it for themselves. The world's entire scientific and cultural heritage, published over centuries in books and journals, is increasingly being digitized and locked up by a handful of private corporations. Want to read the papers featuring the most famous results of the sciences? You'll need to send enormous amounts to publishers like Reed Elsevier.

(...)

We need to take information, wherever it is stored, make our copies and share them with the world. We need to take stuff that's out of copyright and add it to the archive. We need to buy secret databases and put them on the Web. We need to download scientific journals and upload them to file sharing networks. We need to fight for Guerilla Open Access.

*With enough of us, around the world, we'll not just send a strong message opposing the privatization of knowledge — we'll make it a thing of the past. Will you join us?**

Aaron Swartz July 2008, Eremo, Italy.

*Tradução livre: Informação é poder. Mas, como todo poder, há aqueles que querem mantê-lo para si. Todo o patrimônio científico e cultural do mundo, publicado ao longo dos séculos em livros e revistas, está sendo cada vez mais digitalizado e trancafiado por um punhado de corporações privadas. Quer ler os textos que apresentam os mais famosos resultados das ciências? Você vai precisar enviar enormes quantias para editoras como a Reed Elsevier. / (...) Precisamos pegar informação, onde quer que esteja armazenada, fazer nossas cópias e compartilhá-las com o mundo. Precisamos levar o material que está fora de *copyright* e adicioná-lo ao arquivo. Precisamos comprar bases de dados secretas e colocá-las na *web*. Precisamos baixar revistas científicas e enviá-las para redes de compartilhamento de arquivos. Precisamos lutar pela Guerilla Open Access. / Com número suficiente de nós, ao redor do mundo, vamos não apenas enviar uma forte mensagem de oposição à privatização do conhecimento - nós vamos tornar isso uma coisa do passado. Você se juntará a nós?

O livre acesso e a troca de conhecimentos constituem parte da chamada cultura *hacker*. Inspirou outros milhares de desenvolvedores de *software* que se dedicam ao compartilhamento, como o fundador do movimento do *software* livre, Richard Stallman. É notável que todos acreditem nas possibilidades utópicas da democratização do acesso às informações e na importância de seu livre fluxo. Essa perspectiva *hacker* foi combatida por grandes corporações, que queriam transformar algoritmos e códigos em produtos artificialmente semelhantes a mercadorias do mundo industrial. Por isso, os *hackers* foram combatidos semiologicamente pela mídia, dependente das verbas publicitárias dos conglomerados das indústrias de códigos.

Além disso, ao estudar o modo como os *hackers* eram vistos pela *mass media*, Sandor Vegh percebeu que após o 11 de setembro de 2001 ocorreu uma alteração no discurso. Os *hackers*, que eram apresentados como criminosos comuns, passaram a ser descritos pelo noticiário como ciberterroristas. Vegh (2005) também constatou que os artigos na mídia norte-americana usavam cada vez mais um tom sensacionalista para falar de *hackers*, observando que uma das principais consequências foi abrir o caminho para a aprovação de leis e regulamentos que limitam o ciberativismo e o hacktivismo.

Mesmo diante desse cenário de crescente perseguição de *hackers* e ativistas, Swartz aprofundou sua atuação em defesa da transparência e do compartilhamento do conhecimento. Em 2008, ele fundou a Watchdog.net, para agregar e visualizar dados sobre políticos. Em 2010, foi um dos cofundadores da Demand Progress, coletivo dedicado à reforma política do governo e de luta pelas liberdades civis.

2 Capitalismo informacional, propriedade intelectual e direitos humanos

O capitalismo informacional encontrou sua expansão na codificação e digitalização do conhecimento, da cultura, dos bens e produtos simbólicos e imateriais. As tecnologias cibernéticas operadas por *software* viabilizaram as redes digitais. Essas redes recobriram o planeta e se tornaram indispensáveis ao cotidiano de grande parte das sociedades, colocando a comunicação como estruturante nos processos sociais, econômicos, culturais e políticos. Mas a comunicação digital é uma comunicação mediada por *software*. A sociedade informacional, cibernética, que pode ser observada como uma sociedade de controle, tem no *software* sua principal mídia.

O pesquisador Lev Manovich (2008) foi perspicaz ao afirmar que, tal como a eletricidade, o motor e a combustão tornaram a sociedade industrial possível, é o *software* que torna viável a sociedade informacional global. O *software*, visto como mídia que garante a digitalização expansiva das atividades e práticas sociais, não é aparente para esta mesma sociedade. Seu papel não é claro, muito menos evidente. Visto como uma tecnologia qualquer, apresentado pelo mercado como mero produto, o *software* contém códigos que o definem e determinam o que ele é capaz de fazer. Por sua vez, o *software* tem o poder de condicionar completamente nossa comunicação. Seu desenho, suas funções, operações e interfaces são definidos

pelos programadores que o criaram e o mantém atualizado. Esses códigos, em geral, são fechados e incompreensíveis para aqueles que o utilizam.

Trata-se de algo obscuro, sem nenhuma transparência. Para o mercado de *software* é essa opacidade do código para seus usuários que faz parte dos direitos de propriedade intelectual de seus criadores. O mercado principal de *software* se estruturou em torno de um modelo de remuneração da propriedade que se dá pela negação de acesso ao conhecimento de suas rotinas logicamente encadeadas. Mas a falta de transparência do código em um cenário de intensa codificação digital não se limita ao mercado de *software*. Ela atinge os corpos e os códigos constitutivos da espécie. É na fusão de diversas disciplinas com a Biologia e com as Ciências da Computação que surgem a biotecnologia, a nanotecnologia e a engenharia genética. Bem apontaram Adriano Premebida e Jalcione Almeida:

Com influência da cibernética um organismo vivo é tratado como um sistema de informação, com grande passado de adaptação e passível de ser interpretável e executado pela biologia molecular. As políticas da vida tendem a centrar-se na indiferenciação das fronteiras entre as espécies e a entender a materialidade dos seres vivos como ‘uma matriz de combinações genéticas virtuais’ ou possíveis (Ferreira, 2002: 238). A junção entre técnicas e políticas de fabricação de projetos de seres vivos é o que estará no centro da dinâmica comercial/industrial contemporânea nas áreas do conhecimento informadas pela engenharia genética. ‘A vida já não pode mais simplesmente ser pensada como resultado de uma reprodução. A vida agora passa a ser produzida’ (Ibidem, 223). A vida biológica entra nas estratégias de poder da modernidade e atualmente estas estratégias centram-se também na informação genética.

(PREMEBIDA; ALMEIDA, 2010)

O modelo de remuneração da codificação genética consolidado no capitalismo cognitivo passa pelo fechamento do código ou por sua restrição de uso conforme a imposição das patentes. Desse modo, temos a aproximação entre os modelos de negócios da Microsoft e da Monsanto, da Pfizer e da Oracle. O livre acesso ao conhecimento científico incomoda profundamente as grandes corporações. Exatamente aí é que o jovem Swartz atuava com vigor.

Em 6 de janeiro de 2011, aos 24 anos, Aaron foi preso sob a acusação de fraude eletrônica, fraude de computador e obtenção de informações a partir de dano a computador protegido. Concretamente, Swartz foi acusado de baixar 4,8 milhões de documentos dos arquivos da editora de revistas acadêmicas JSTOR, violando seus termos de uso, e de se esquivar dos esforços do Instituto de Tecnologia de Massachusets (MIT) para impedi-lo.

Segundo a denúncia, Swartz comprou um *laptop* em 2010 e o registrou sob um nome de usuário “fantasma” na rede MIT. Neste computador, Swartz teria escrito um *script* na linguagem Python que permitiria baixar rapidamente os artigos da JSTOR. A JSTOR detectou o *script* e bloqueou seu endereço IP. Segundo a denúncia, Swartz repetidamente mudou de IP e de “endereço MAC” com o objetivo de driblar os esforços da JSTOR e do MIT para bloquear seu acesso.

Quando a JSTOR normalizou o acesso da rede do MIT algumas semanas

mais tarde, Swartz teria mudado de técnica para baixar os arquivos. Ele foi acusado de ter ido até a sala de servidores da universidade e escondido seu *laptop* atrás das máquinas para que não pudesse ser encontrado. Em seguida, teria neutralizado, a partir da conexão direta aos servidores, os bloqueios e filtros existentes e conseguido executar seus *downloads*. A denúncia registrada na polícia descreve que Swartz, quando foi retirar seu *laptop* do local onde estava escondido, teve o capacete de sua bicicleta nitidamente filmado, apesar de estar com uma máscara para proteger o rosto.

O governo norte-americano alegou que Swartz baixou os arquivos provavelmente para liberá-los em redes de compartilhamento P2P (*peer-to-peer*). Entretanto, a própria JSTOR reconheceu que o conteúdo baixado não foi usado, transferido e nem distribuído. Para os representantes do governo, baixar de uma só vez muitos artigos das revistas acadêmicas constitui um crime *hacker* e deve ser punido com pena de prisão. O interessante é que Swartz, como estudante do MIT, tinha acesso liberado a qualquer um dos artigos que baixou. A atitude criminosa seria o uso de *script* para baixar muitos artigos.

A Procuradoria dos Estados Unidos queria que Aaron Swartz fosse exemplarmente condenado. Queria uma pena de 35 anos de prisão e dizia atuar para desestimular a violação do *copyright*. A pressão foi aumentando sobre o jovem Swartz, que teve uma grande participação na luta pela derrota e arquivamento dos projetos de lei *Stop Online Piracy Act* (SOPA) e *PROTECT IP Act* (PIPA), em janeiro de 2012. Essas propostas legislativas buscavam impedir o acesso de cidadãos norte-americanos a conteúdos digitais e aplicativos que supostamente estivessem violando a propriedade intelectual. Além disso, as empresas dos Estados Unidos teriam cinco dias para bloquear o acesso a tais *sites*.

O enrijecimento das legislações de propriedade intelectual e a atuação obscura da indústria do *copyright* visam assegurar o controle das fontes de criação e do conhecimento. O processo contra Swartz é uma aberração jurídica, uma vez que a única acusação consistente seria sobre sua intenção de liberar os textos acadêmicos em redes P2P para *download* gratuito. O consultor e perito em segurança da informação, Alex Stamos, várias vezes chamado pela Justiça para definir a existência ou não de intrusões de sistemas digitais e crimes informacionais, escreveu em seu *blog*:

Aaron did not “hack” the JSTOR website for all reasonable definitions of “hack”. Aaron wrote a handful of basic python scripts that first discovered the URLs of journal articles and then used cURL to request them. Aaron did not use parameter tampering, break a CAPTCHA, or do anything more complicated than call a basic command line tool that downloads a file in the same manner as right-clicking and choosing “Save As” from your favorite browser.

(STAMOS, 2012)*

*Tradução Livre: Aaron não “hackeou” o site da JSTOR, sob todas as definições razoáveis de hackeamento. Aaron escreveu um punhado de *scripts* básicos em Python que revelaram as URLs dos artigos de periódicos e, em seguida, usou cURL (ferramenta de linha de comando usada para obter ou enviar arquivos usando a sintaxe de URL) para requisitá-los. Aaron não usou parâmetros de adulteração, nem quebrou um CAPTCHA (ferramenta anti-spam), ou fez qualquer coisa mais complicada do que usar linhas de comando básicas que baixam um arquivo da mesma forma que clicar com o botão direito do mouse e escolher “salvar como” do seu navegador favorito.

Depois da trágica morte de Aaron Swartz, a Justiça norte-americana retirou as acusações. Muitas pessoas em todo o mundo perceberam a truculência e as arbitrariedades que estão sendo cometidas e anunciadas para defender o bloqueio ao compartilhamento de bens culturais e conhecimentos. Os embates não parecem que irão arrefecer. As possibilidades de colaboração, interação e troca de arquivos digitais continuarão a crescer se a Internet continuar aberta, não proprietária, não submetida aos controladores da infraestrutura de telecomunicações. Todavia, a indústria de *copyright* articula seus próximos lances para tornar bens culturais e expressões simbólicas apropriadas como se fossem bens escassos. Governos como o norte-americano articulam acordos e leis para subordinar todos os demais direitos dos cidadãos à defesa da propriedade intelectual. Sim, Aaron foi uma grande baixa dessa guerra. Mas, milhões de jovens não vivem e nunca viveram de licenças de propriedade. Eles querem compartilhar as possibilidades que as tecnologias da informação abrem para todos. Não parece restar dúvidas de que um dos principais embates do século XXI se dá em torno do compartilhamento de conhecimentos e bens culturais.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ARRINGTON, Michael. 2006. Breaking News: Condé Nast/Wired Acquires Reddit. *Techcrunch*, October 31st, 2006. Disponível em: <<http://techcrunch.com/2006/10/31/breaking-news-conde-nastwired-acquires-reddit/>>. Último acesso em: Maio 2013.
- GALLOWAY, Alexander R. 2004. **Protocol**: how control exists after decentralization. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- HIMANEN, Pekka. 2001. **A ética dos hackers e o espírito da era da informação**. Rio de Janeiro: Campus.
- LEVY, Steven. 2001. **Hackers**: heroes of the computer revolution. New York: Penguin Books.
- MANOVICH, Lev. 2008. **Software takes command**. Disponível em: <www.softwarystudies.com/softbook>. Último acesso em: Maio de 2012.
- PREMEBIDA, Adriano; ALMEIDA, Jalcione. Biotecnologia, biopolítica e novas sociabilidades. UNOPAR Científica. Ciências Humanas e Educação, 2010. No prelo. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/pgdr/arquivos/749.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- REZENDE, Pedro Antonio Dourado. 2013. **Aaron Swartz enfrenta Ciberfariseus**: o primeiro mártir da ciberguerra. Brasília, 24 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.cic.unb.br/~rezende/trabs/aaron.html>>. Último acesso em: Maio 2013.

- SILVEIRA, Sérgio Amadeu. 2010. Ciberativismo, cultura hacker e o individualismo colaborativo. **Revista USP**, São Paulo, v. 1, n. 86 p. 28-39, jun./ago. 2010.
- STAMOS, Alex. **The Truth about Aaron Swartz's "Crime"**. Disponível em: <<http://unhandled.com/2013/01/12/the-truth-about-aaron-swartzs-crime/>>. Último acesso em: Maio 2013.
- SWARTZ, Aaron. 2008. **Guerilla Open Access Manifesto**. July 2008, Eremo, Italy. Disponível em: <http://archive.org/stream/GuerillaOpenAccessManifesto/Goamjuly2008_djvu.txt>. Último acesso em: Maio 2013.
- TAYLOR, Jerome. 2012. Why I want to bring down the internet – for a day. **The Independent**, 17 January 2012. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/why-i-want-to-bring-down-the-internet—for-a-day-6290703.html>>. Último acesso em: Maio 2013.
- VEGH, Sandor. 2005. The media's portrayal of hacking, hackers, and hacktivism before and after September 11. **First Monday**, v. 10, no. 2, Feb. Disponível em: <<http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1206/1126>>. Último acesso em: 20 Out. 2009.

Sites:

- Aaron Swartz—<<http://www.aaronsw.com/>> e http://en.wikipedia.org/wiki/Aaron_Swartz. Último acesso em: Maio 2013.
- Demand Progress—<http://demandprogress.org/>. Último acesso em: Maio 2013.
- Internet Archive—<http://archive.org/index.php>. Último acesso em: Maio 2013.
- Introducing Infogami—<http://web.archive.org/web/20071224194042/http://infogami.com/blog/introduction>. Último acesso em: Maio 2013.
- Open Library—<http://openlibrary.org/>. Último acesso em: Maio 2013.
- Reddit—<http://www.reddit.com/>. Último acesso em: Maio 2013.
- RFC 3870—application/rdf+xml Media Type Registration—<http://tools.ietf.org/html/rfc3870>. Último acesso em: Maio 2013.

ABSTRACT

In this article, the author offers a succinct overview of the story of Aaron Swartz, one of the major victims of the war surrounding so-called intellectual property. Aaron was found hanged on January 11, 2013 in his apartment in New York. A programmer and cyberactivist, he was accused by the U.S. government of infiltrating computers for the supposed release of copyrighted academic articles and could have been sentenced to 35 years in prison. The text ties in with the life of Swartz the current battles for freedom of knowledge amid the stiffening of intellectual property legislation and the shadowy activities of the copyright industry, which aim to subordinate human rights to the control of creative sources.

KEYWORDS

Aaron Swartz – Cyberactivism – Intellectual property – Sharing – Free knowledge

RESUMEN

Este artículo relata de forma resumida la historia de Aaron Swartz, una de las grandes víctimas de la guerra instaurada en torno a la llamada propiedad del conocimiento. Aaron fue encontrado ahorcado el día 11 de enero de 2013, en el apartamento en el que vivía en Nueva York. Programador y ciberactivista, fue acusado por el gobierno norteamericano de invadir computadoras para una supuesta liberación de artículos académicos protegidos por *copyright*, por lo que podría ser condenado a 35 años de prisión. Este texto articula la vida de Swartz con las luchas actuales por la libertad del conocimiento frente al endurecimiento de las legislaciones de propiedad intelectual y de la oscura actuación de la industria del *copyright* con el fin de subordinar los derechos humanos al control de las fuentes de creación.

PALABRAS CLAVE

Aaron Swartz – Ciberactivismo – Propiedad intelectual – Intercambio de información – Conocimiento libre



ALBERTO J. CERDA SILVA

Alberto J. Cerda Silva é professor assistente de direito informático na Universidade do Chile. É membro fundador e diretor de assuntos internacionais da ONG Direitos Digitais. Atualmente, é bolsista da Comissão Fulbright prossequindo estudos de doutorado no Georgetown University Law Center com uma tese sobre direitos humanos e regulação de Internet na América Latina.

E-mail: acerda@uchile.cl

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico oferece novas oportunidades para o progresso da humanidade, assim como para a concretização dos direitos humanos, embora, ao mesmo tempo, também crie novos riscos para estes mesmos direitos. Em anos recentes, diversas iniciativas público-privadas trouxeram à luz a necessidade de promover e preservar a liberdade na Internet, como pressuposto essencial para a progressiva realização dos direitos humanos e o funcionamento de uma sociedade democrática. Trata-se de *Internet Freedom*. Neste artigo, sustenta-se que o enfoque de *Internet Freedom* é, entretanto, limitado, pois oferece uma visão tendenciosa da relevância dos direitos humanos no ambiente *online*. Após constatar essas limitações, o artigo sugere os elementos que deveriam integrar uma abordagem da Internet baseada em um enfoque pormenorizado dos direitos humanos para a Internet.

Original em espanhol. Traduzido por Maria Carbajal

Recibido em março de 2013. Aprovado em abril de 2013.

PALAVRAS CHAVE

Internet Freedom – Direitos humanos – Cidadania digital – Governança da Internet – Responsabilidade empresarial



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

INTERNET FREEDOM NÃO É SUFICIENTE: PARA UMA INTERNET FUNDAMENTADA NOS DIREITOS HUMANOS

Alberto J. Cerda Silva

1 Introdução

A Internet entrou em nossas vidas. Desde o final dos anos 1960, quando era apenas uma rede de equipamentos interconectados de um punhado de universidades para compartilhar recursos de computação, até hoje, quando uma em cada três pessoas no planeta é um usuário, a Internet permeou virtualmente todas as facetas de nosso dia a dia. Já não nos conectamos apenas alguns minutos por dia, mas muitos de nós estamos permanentemente conectados. Já não apenas recebemos e enviamos *e-mails*, mas também participamos de redes sociais, fazemos compras *online*, gestões perante repartições do governo, e até fazemos difusão em rede.

Com os anos, o mito da Internet isenta de regulação deu lugar a uma Internet sujeita a regulação. Alimentada por sua estrutura descentralizada, suas comunicações transfronteiriças e um virtual anonimato, a Internet tentou resistir às disputas regulatórias dos anos 1990, sem sucesso (BARLOW, 1996). Hoje, a Internet é, em vez disso, um espaço em que se sobrepõem as regulações estatais sobre delitos informáticos, proteção do consumidor, tratamento de dados pessoais, comércio eletrônico e um longo *et cetera*. E é um ambiente no qual os direitos humanos são plenamente aplicáveis.

A Internet contribuiu positivamente para a defesa dos direitos humanos. Possibilitou escapar da censura estatal na China, permitiu a denúncia da repressão contra comunidades nativas na América Latina, facilitou o acesso a informações públicas no México e apoiou a abertura política no mundo árabe. Com razão se disse que nossos direitos fundamentais podem ser hoje lidos em chave tecnológica (ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, 1999, p. 15-22), pois a Internet facilita a concretização deles, como provam as iniciativas de educação *online*, telemedicina,

Ver as notas deste texto a partir da página 30.

e governo eletrônico. Recentemente, foi formulada uma proposta de instrumento internacional sobre direitos humanos e o ambiente *online*,¹ que, seja qual for sua necessidade real, deixa claro o enorme potencial sinérgico da Internet com os direitos humanos. O mesmo pode ser dito da polêmica em torno de se o próprio acesso à Internet constitui um direito humano (CERF, 2012).

No entanto, a Internet também contribuiu para a violação dos direitos humanos. Facilitou a identificação da dissidência política no Irã, intensificou a vigilância estatal no Reino Unido, aumentou a ameaça à identidade linguística e cultural dos povos e ampliou, em todos os lugares, a distância entre aqueles que têm e os que não têm acesso. E o potencial da Internet e das novas tecnologias para erodir nossos direitos irá aumentar, à medida que mais e mais partes de nossas vidas tenham lugar no ambiente *online*. Diante do alarme já surgiram as primeiras reações, diversas delas associadas ao conceito *Internet Freedom*.

2 *Internet Freedom*

Internet Freedom designa uma série de iniciativas público-privadas que apostam na resistência à demanda dos governos para implementar sistemas de censura e de vigilância das pessoas através da Internet (CLINTON, 2010). Os elementos em comum de tais iniciativas são: evitar a censura estatal, proteger a privacidade das pessoas *online* e prevenir toda medida que restrinja a livre circulação da informação.

A Internet favorece a liberdade de expressão, pois cada usuário pode alcançar uma ampla audiência, ao mesmo tempo em que pode acessar uma grande diversidade de conteúdos. No entanto, essa liberdade pode se mostrar incômoda para certos governos, que se esmeraram na implementação de medidas tecnológicas e legislativas com o intuito de silenciar o discurso dissidente. *Internet Freedom* rechaça tal incidência governamental e advoga pela preservação da liberdade de expressão no ambiente *online*.

De outra parte, a Internet facilita a violação do direito à vida privada, pois cada vez que um usuário se conecta à rede, sua identidade e seu comportamento *online* é suscetível de ser monitorado. A informação compilada através de mecanismos de vigilância permitiria aos governos a repressão da dissidência e com isso a abolição da liberdade política e religiosa, entre outras. Nesse sentido, a *Internet Freedom* repudia as práticas de vigilância estatal orientadas a reprimir os usuários da rede.

A Internet é o paradigma da globalização, que permitiu a circulação de informação em nível global, superando muitos dos obstáculos que os meios analógicos impunham ao seu fluxo. Infelizmente, alguns governos impuseram medidas técnicas e normativas que travam a difusão, o acesso e o tráfego de informação através da rede. A *Internet Freedom* rechaça a pretensão de quem quer modificar a estrutura de governo da Internet para restringir o livre fluxo da informação.

Existem diversas iniciativas que trabalham pela *Internet Freedom*, mas me parecem dignas de destaque aquelas levadas adiante pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos, que as incorporou como componente da política externa do país. Isso levou à implementação de um detalhado programa de trabalho que oferece assistência a organizações sociais que lutam pelo acesso à Internet e pelo livre fluxo de informação *online*, especialmente nos países que enfrentam situações adversas. Um componente

do programa inclui a avaliação anual de outros países em relação ao respeito à *Internet Freedom*, que se concentra precisamente na liberdade de expressão e na vigilância estatal no ambiente *online*, o qual é parte integrante do Relatório por Países em Direitos Humanos, elaborado por este Departamento. Nesse mesmo sentido, o Departamento de Estado apóia a *Global Network Initiative*, uma iniciativa que aglutina empresas do setor tecnológico americano e organizações de direitos humanos e que impulsiona recomendações em matéria de liberdade de expressão e privacidade *online*.

O enfoque da *Internet Freedom* não se limitou aos Estados Unidos, outros países também o adotaram. Após a revolução desencadeada no Norte da África e no Oriente Médio, conhecida como Primavera Árabe, diversos países se viram diante da necessidade de dispor de sua própria versão de *Internet Freedom*, com ênfase na liberdade de expressão, no repúdio à censura governamental e num papel ambíguo para o setor privado. De fato, vários governos europeus implementaram programas de *Internet Freedom*, incluindo Alemanha, França, Holanda, e Suécia (WAGNER, 2011, p. 18-19). Vozes similares também se fizeram ouvir em outras latitudes.

Com o apoio do Departamento de Estado, e tendo como pano de fundo a Primavera Árabe e o papel desempenhado pela Internet, o enfoque de *Internet Freedom* conseguiu posicionar o papel, as vantagens e os riscos que o ambiente *online* traz para a liberdade de expressão e a privacidade. E, certamente, contribuiu, juntamente com o relatório sobre liberdade de expressão elaborado por Frank de La Rue, relator especial das Nações Unidas (NACIONES UNIDAS, 2011), para inserir o assunto na agenda internacional e obter a adoção de uma resolução específica pelas Nações Unidas. Embora notoriamente tardia, tal resolução reconheceu a relevância da Internet em relação a todos os direitos humanos, mas particularmente em relação à liberdade de expressão (NACIONES UNIDAS, 2012).

Deste modo, a *Internet Freedom* contribuiu para destacar o papel da liberdade de expressão, a proteção da privacidade e o livre fluxo da informação *online*. No entanto, este enfoque é limitado, porque oferece uma visão tendenciosa da relevância dos direitos humanos na Internet. A seção seguinte descreve brevemente algumas dessas limitações, para em seguida formular sugestões em torno dos elementos que deveriam integrar uma aproximação sustentada em um enfoque abrangente dos direitos humanos para a Internet.

3 As limitações da *Internet Freedom*

Embora a *Internet Freedom* represente um progresso, apresenta limitações que a tornam insuficiente. Primeiramente, é um enfoque que engloba as preocupações e prioriza os temas com um ponto de vista preferencialmente dos Estados Unidos, e, portanto, carece de globalidade. Em segundo lugar, apresenta-nos uma visão estreita da relevância e das sinergias resultantes da interação entre a Internet e os direitos humanos. Terceiro, omite que a Internet é um ambiente essencialmente privado e que, por conseguinte, demanda maior responsabilidade do setor privado. Em quarto lugar, ignora a governança da Internet e, em quinto, prioriza as necessidades do mercado em relação ao respeito dos direitos humanos. Revisemos cada uma dessas objeções, ainda que brevemente.

3.1 *Um enfoque local*

Internet Freedom surgiu como um enfoque que catalisa as preocupações dos Estados Unidos até a metade da década passada (GOLDSMITH; WU, 2006). Até então, um número significativo de empresas do setor tecnológico vinha prestando colaboração ao governo chinês na identificação de dissidentes e na censura de conteúdo *online*. Tal cumplicidade mostrava-se incômoda, em especial frente à fracassada tentativa das Nações Unidas de adotar um instrumento que tornasse exigível o respeito aos direitos humanos por empresas transnacionais (NACIONES UNIDAS, 2003). Era indispensável tomar alguma medida, mas sem chegar ao extremo de regular efetivamente o setor tecnológico, tal como sugeria a experiência da União Europeia. *Internet Freedom* faz uma aposta mais moderada, focalizando o esforço contra governos repressivos e advogando por compromissos voluntários do setor privado, com a finalidade de proteger a liberdade de expressão e o direito à vida privada, sem dificultar o livre fluxo de bens e serviços de informação.

Todavia, *Internet Freedom* pressupõe uma perspectiva da liberdade de expressão mais local que global, cujo discurso se baseia mais na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos do que no tratamento da liberdade de expressão em instrumentos internacionais sobre direitos humanos. Estamos diante de uma liberdade que se esgota na relação com o Estado, que evita as complicações de um regime de exceções e limitações admitidas no direito internacional e que, em troca, alimenta-se do marco normativo doméstico.² Esse marco se mostra adequado para enfrentar a máquina de censura da China, e inclusive da Primavera Árabe, mas é insuficiente para analisar, por exemplo, a criminalização de certos delitos de expressão na América Latina e Europa, a perseguição contra o WikiLeaks, ou a responsabilidade do setor de telecomunicações e informática na violação de direitos humanos, não apenas em cumplicidade com governos repressivos mas por iniciativa própria.

A proteção do direito à vida privada esgrimida pela *Internet Freedom* tampouco é global, sendo de fato bem particular dos Estados Unidos. É essencialmente o governo que fica limitado pelo exercício desse direito, mas a proteção é ostensivamente fraca em relação ao setor privado, que só excepcionalmente deve respeitá-la (CERDA, 2011a, p. 338-340). Daí que *Internet Freedom* apele a um tipo de responsabilidade social empresarial em torno de sua proteção e que, em troca, evite um enfoque regulador, como o existente na União Europeia ou na América Latina, que poderia levantar barreiras desnecessárias à livre circulação de bens e serviços.

3.2 *Um enfoque parcial*

A *Internet Freedom* constitui um enfoque parcial da importância da rede da perspectiva dos direitos humanos, pois só se limita à liberdade de expressão e ao direito à vida privada. É inverossímil supor que, ainda hoje, seja possível desconhecer a contribuição e o potencial da Internet para a concretização de outros direitos humanos, mas *Internet Freedom* não dá atenção senão a uns poucos deles, aqueles que melhor refletem uma concepção liberal de Estado típica do século 19.

É forçoso dizer que a *Internet Freedom* não inclui qualquer menção relativa aos direitos econômicos, sociais, e culturais. Deste modo, melhorar as condições de acessibilidade para quem carece de acesso não constitui uma prioridade para esse enfoque, mesmo que isso contribua para o fortalecimento democrático, o desenvolvimento individual e coletivo, e para a concretização de outros direitos. Da mesma maneira, omite-se o papel da Internet na preservação e promoção das identidades culturais e linguísticas, especialmente se considerados os efeitos abrasivos do fluxo unidirecional de informação de um reduzido número de países a muitos outros.

Ainda que a Internet favoreça o acesso à informação, a *Internet Freedom* exclui deliberadamente de seu âmbito a forma como a crescente proteção da propriedade intelectual afeta a concretização dos direitos humanos (CLINTON, 2010). A normativa de propriedade intelectual confere um monopólio para a exploração de certas invenções e criações. Assim, por exemplo, a concessão de patentes sobre fármacos dificulta a implementação de programas de acesso universal a medicamentos (COSTA; VIEIRA; REIS, 2008), assim como de medidas de política pública que protejam o direito à saúde e à vida (CORREA, 2005; NWOBIKE, 2006).

E, ainda que a Internet favoreça o livre fluxo de conteúdos, paradoxalmente a maior parte desses conteúdos está sujeita a restrições de uso pelas leis de propriedade intelectual que estabelecem direitos autorais, ou seja, configura-se um monopólio na exploração das obras criativas, impedindo que se faça uso delas sem a autorização de seu titular. Isto restringe a liberdade de expressão, dificulta o desenvolvimento (DRAHOS; BRAITHWAITE, 2002) e solapa a liberdade criativa (LESSIG, 2005; TRIDENTE, 2009). Especialmente nos países em desenvolvimento, os direitos autorais afetam a concretização do direito à educação, ao impedir o uso de conteúdos sem a autorização do e o pagamento ao titular dos direitos autorais (BRANCO, 2007).

Nos últimos anos, tem havido um esforço sistemático por parte de alguns países desenvolvidos para promover a adoção de normas internacionais de observância da propriedade intelectual que se chocam não só com o direito à vida privada, ao exigir a identificação indiscriminada de usuários por suposta infração aos direitos autorais (CERDA, 2011b, p. 641-643); mas também com o devido processo, ao expulsar os supostos infratores da Internet sem as garantias judiciais apropriadas (FRANCIA, 2009). Chocam-se, ainda, com as limitações à intervenção penal estabelecidas por instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, ao impor prisão por simples dívidas de caráter civil (VIANNA, 2006, p. 941-942). O próprio relator especial La Rue chamou a atenção para as práticas de censura à liberdade de expressão fundamentadas na defesa da propriedade intelectual (NACIONES UNIDAS, 2011, p. 13-15).

O conflito entre as normas de propriedade intelectual e os direitos humanos é sintoma da crescente inconsistência entre as normas de direito internacional aplicáveis ao comércio e aquelas relativas aos direitos humanos (DOMMEN, 2005; FORTIN, 2008). Mas a *Internet Freedom* ignora os excessos da propriedade intelectual e seus nocivos efeitos sobre os direitos humanos.

3.3 *Papel do setor privado*

A Internet repousa sobre uma enorme malha de vontades e esforços do setor privado. Organismos técnicos que administram os recursos da rede, fornecedores de comunicações transatlânticas, prestadores de serviço de telecomunicações, empresas de acesso à rede, fornecedores de conteúdos e de serviços *online*. Uma longa lista de atores que fazem da Internet um ambiente essencialmente privado. Por outro lado, tradicionalmente, os direitos humanos catapultados pela reação às atrocidades da Segunda Guerra Mundial centraram-se na ação estatal, o que, por conseguinte, parece deixar a maior parte do que acontece na rede isento de controle.

A Internet aumentou a preocupação com a cumplicidade entre as empresas e certos governos na violação dos direitos humanos. À conhecida colaboração de alguns operadores com a repressão política na China, soma-se o fornecimento de tecnologia para o rastreamento *online* de opositores na Síria e a exportação de ferramentas de vigilância eletrônica para governos de questionável compromisso democrático na América Latina. A *Internet Freedom* reconhece tal problema e insiste para que o setor privado adote pautas voluntárias de respeito aos direitos humanos, cuja eficácia é discutível e cujos resultados são ainda precários.

Contudo, a *Internet Freedom* releva o fato de que em muitas oportunidades são as empresas que violam os direitos das pessoas, não em cumplicidade com o Estado, mas por si mesmas. Os exemplos são muitos, desde prestadores de serviço que processam indevidamente informação pessoal de seus usuários e fornecedores de serviços de vigilância clandestina *online* até operadoras de telecomunicações que interferem nas comunicações eletrônicas de seus clientes (NUNZIATO, 2009). À medida que a Internet penetra mais em nossas vidas, um enfoque que minimiza a responsabilidade do setor privado é insuficiente. De fato, dispor de uma adequada proteção para nossos direitos no ambiente *online*, diante da atuação tanto de atores públicos como privados, passa a ser prioritário.

3.4 *Governança da Internet*

A *Internet Freedom* alimenta-se da falsa crença de que a rede nasceu, cresceu e florescerá à margem da ação do Estado, cuja intromissão é fortemente rechaçada (LIDDICOAT, 2011, p. 14). Serão os novos cidadãos do ambiente virtual – técnicos, usuários e fornecedores – que definirão a Internet e adotarão, de comum acordo, normas de autorregulação. É compreensível, então, que a *Internet Freedom* não questione o suposto *laissez-faire digital*, que encobre o total desempoderamento social no futuro da Internet. De fato, a governança da rede é um tema silenciado no discurso da *Internet Freedom*.

Não é por acaso então, que quem advoga pela *Internet Freedom* recuse qualquer iniciativa para adotar um mecanismo de governança global da Internet. A recente tentativa da União Internacional de Telecomunicações, a agência das Nações Unidas especializada na matéria, de adotar certas normas relativas à rede é uma prova visível de tal atitude. A atenção midiática ignorou seu trabalho de proporcionar acesso à Internet em países em desenvolvimento e, em troca, centrou-se em subestimar sua

capacidade técnica e demonizar seus propósitos, os quais foram alinhados com aqueles de regimes totalitários. Ainda que a agência não fosse a mais apropriada e apresentasse inconvenientes, pouco ou nada se disse a respeito de que era e é necessária a existência de algum mecanismo legítimo de governança global para a Internet, que permita superar o desaparecimento das fronteiras *online*, facilite a construção de um espaço de coordenação governamental e promova a democratização e o respeito aos direitos humanos na Internet.

Houve quem sugerisse que o governo da Internet deve ocorrer por meio de um modelo que congregue todos os interessados, dos usuários até as empresas que prestam serviços, incluindo organizações sociais e o governo. Esse modelo, entretanto, não esclarece nem o âmbito da tomada de decisões nem a quem cabe a adoção das mesmas. Por outro lado, é duvidoso que os interesses corporativos tenham o mesmo nível de legitimidade daqueles representados pelos governos, particularmente se estes gozam de representatividade democrática. Por último, esse modelo supõe a existência de uma sociedade civil forte e vigorosa, uma qualidade da qual muito poucos países podem se gabar; de fato, o mais comum é que, em matéria de regulação de Internet, esta não exista ou se encontre cooptada por interesses corporativos ou do governo em exercício.

3.5 *Priorizando o mercado*

A *Internet Freedom* mostra um compromisso com a liberdade de expressão e o direito à vida privada, na medida em que estes se harmonizem com o livre fluxo de informação. Esta última expressão carece de antecedentes em instrumentos sobre direitos humanos, mas é encontrada em instrumentos emitidos em foros comerciais, da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE) ao Foro de Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico (Apec), e, mais recentemente, na proposta de texto do Departamento de Comércio dos Estados Unidos para o Acordo Estratégico Transpacífico de Associação Econômica (TPP), tratado que defende a formação de uma área de livre comércio na bacia do Pacífico.³ Em todos esses instrumentos, o livre fluxo de informação é empregado para definir o grau de proteção que se oferecerá aos dados pessoais e ao direito à vida privada. A Apec é ainda mais precisa, ao reconhecer que o livre fluxo de informação é essencial para o desenvolvimento das economias de mercado e o crescimento social.

A *Internet Freedom*, então, prioriza o acesso e o funcionamento do mercado para os fornecedores de informação, desde a indústria de tecnologias e *software* até a indústria de conteúdos e entretenimento. Isso explicaria a adesão corporativa a algumas das iniciativas de *Internet Freedom*. Mas tal fato fica ainda mais em evidência quando seus componentes são (re)ordenados e suas omissões consideradas. Basicamente, a *Internet Freedom* protege a liberdade de expressão e, em menor grau, o direito à vida privada, sempre que não interfira na prestação de serviços e no fornecimento de bens da informação. É evidente que a informação protegida por normas de propriedade intelectual é deliberadamente excluída de tal livre fluxo. Para isso, a *Internet Freedom* desqualifica a intervenção governamental, evita um sistema de governança global, e ignora a imposição de responsabilidade por violação de direitos humanos pelo setor privado. Isso garante a ausência de barreiras ao funcionamento do livre mercado de

informação *online*. Em suma, o livre mercado pode seguir funcionando e a proteção de alguns direitos humanos foi um pretexto, possivelmente uma externalidade positiva, mas não a prioridade.

4 A caminho de uma Internet fundada nos direitos humanos

Uma grande quantidade de literatura recente explora a progressiva inclusão da população afroamericana nos Estados Unidos. Apesar de ter obtido sua liberdade em 1865, tal população foi sistematicamente excluída e sua aspiração de igualdade, traída, inclusive pelo próprio governo (GOLDSTONE, 2011). A doutrina “separados mas iguais” [*separate but equal*], entronizada pela Corte Suprema, perpetuou a segregação e a desigualdade, e fez da liberdade uma quimera. Essa política causou estragos sociais entre a população, mas foi necessário transcender um século para que a doutrina em questão fosse abolida e se conferissem direitos civis e políticos à população afroamericana. Chamando à construção de uma sociedade mais igualitária frente à problemática, o então presidente Lyndon Johnson observou que “a liberdade não é suficiente” (PATTERSON, 2010). O mesmo pode ser dito da *Internet Freedom*.

Uma política de Internet fundada em direitos humanos deve sustentar-se em uma visão global e pormenorizada de tais direitos, incluindo não apenas a liberdade de expressão e o direito à vida privada, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, incluído o direito ao desenvolvimento. Tal política deve também empoderar as pessoas para que efetivamente exerçam sua cidadania no ambiente digital e possam participar da governança da Internet, quer seja diretamente ou através de vias democráticas. Ela deve, também, estabelecer claras responsabilidades para os atores do setor privado, os quais exercem um controle maior na estrutura da Internet. E embora não precise desafiar o mercado, precisa antepor os direitos humanos às exigências deste. Examinemos brevemente cada um destes pontos.

4.1 Um enfoque global

A Internet é uma plataforma global de comunicação digital. A aspiração a regular ou desregular seu funcionamento com base em um enfoque local, mesmo este sendo consistente com direitos humanos, é insuficiente, porque ignora o caráter transfronteiriço da Internet. É tal desaparecimento das fronteiras *online* que obriga não apenas a uma coordenação global, mas também que esta ocorra baseada em um certo consenso global sobre os valores promovidos. Não se trata apenas da versão local de certas liberdades ou direitos, mas sim de uma versão fundada no direito internacional dos direitos humanos.

Não seria justo culpar uns poucos países ou um grupo deles por promover uma agenda reduzida de direitos de acordo com seus próprios interesses, mas seria justo reprovar aqueles que dela se apropriam sem crítica, e, certamente, a nós mesmos quando evitamos a responsabilidade de contribuir para seu melhoramento a partir de nossas próprias realidades. Inclusive, se uma agenda é global sua concretização e sua implementação exigem localizar as prioridades (BERTONI, 2012), mas sem perder de vista um enfoque global.

4.2 *Um enfoque abrangente*

As declarações de direito e seu reconhecimento constitucional concentraram-se inicialmente em estabelecer limites à atuação do Estado, em evitar que o governo subjugasse os cidadãos. Desse modo, puseram limites à intromissão do Estado no espaço doméstico ou proibiram a censura. Entretanto, essa concepção é limitada, pois omite que o Estado pode atuar como avalista das liberdades, em especial frente ao impacto da concentração privada de poder sobre nossas liberdades (FISS, 1996). Um enfoque abrangente de direitos humanos reconhece também no Estado tal capacidade e, de fato, exige dele a intervenção necessária para proteger e promover os direitos das pessoas.

Um enfoque abrangente baseado nos direitos humanos deve estender-se a todos aqueles direitos suscetíveis às novas tecnologias e à Internet. A liberdade de expressão e o direito à vida privada podem parecer os mais óbvios, mas a crescente penetração da Internet põe em evidência seu potencial e risco no que diz respeito à concretização de uma ampla gama de direitos civis e políticos, assim como de direitos sociais, econômicos e culturais. E, é óbvio, o direito ao desenvolvimento deve estar incluído entre eles, especialmente diante da ampliação da lacuna entre as pessoas e os povos *online* e aqueles desconectados da Internet.

Um enfoque de Internet baseado nos direitos humanos não deve apenas olhá-los de modo abrangente, mas deve também articular um processo para identificar como tais direitos são afetados pela Internet, com a finalidade de estabelecer os padrões que lhe são especificamente aplicáveis. Tem sido apropriadamente sugerida uma abordagem baseada em direitos, que enfatize a participação, introduza a supervisão, empodere as pessoas, evite a discriminação e conecte as decisões com normas aceitas de direitos humanos (LIDDICOAT, 2011, p. 16-17). Uma Internet fundamentada em direitos humanos exige que eles sejam plasmados tanto em seu conteúdo como em seu processo de formulação.

4.3 *Responsabilidade empresarial*

Diferentemente de outros contextos, a Internet nos coloca em um ambiente cujo funcionamento é essencialmente dominado por atores privados. A maior parte dos governos carece das capacidades técnicas e econômicas, de que dispõem muitas empresas de informática ou de telecomunicações, para condicionar o funcionamento da Internet e eventualmente infringir os direitos das pessoas. Insistir que tais atores cumpram voluntariamente padrões baseados em direitos humanos é, ainda que elogiável, insuficiente, e coloca o próprio Estado em descumprimento do seu dever de proteger as pessoas frente à violação de seus direitos essenciais.

Uma Internet baseada em direitos humanos não pode, portanto, fugir à responsabilidade que cabe ao setor privado na violação desses direitos, não só quando atua simultaneamente com o Estado, mas também quando o faz por iniciativa própria. Isso obriga a fixar sem ambiguidades os padrões admissíveis de conduta tanto do setor público como do setor privado. Assim, por exemplo, quando a União Europeia fixa normas pormenorizadas que protegem as pessoas do tratamento indevido de sua informação e da violação de sua vida privada por quem processa tal informação, não

importa se se trata de organismos públicos ou entidades do setor privado. Da mesma forma, quando os países da América Latina, e mais recentemente também da África, incorporam padrões de direitos humanos em suas constituições, eles devem fazer com que esses padrões sejam aplicáveis não só ao Estado, mas também ao setor privado.

Mais ainda, tal responsabilidade deve estar resguardada por mecanismos que a tornem efetivamente exigível. Essa não é mais tão somente uma responsabilidade social, mas também jurídica, dotada de *enforcement*. Neste ponto, há lugar para a introdução de melhorias significativas em nível doméstico. A experiência dos países que, além de responsabilizar os atores privados por violação dos direitos humanos, incorporaram mecanismos processuais específicos para obter seu efetivo respeito, tanto pelo governo como pelo setor privado, é valiosa neste aspecto. É o caso dos mecanismos constitucionais usados cotidianamente em diversos países da América Latina para tornar exigíveis os direitos fundamentais. Assim, empresas de telecomunicações foram forçadas a garantir a neutralidade da rede; fornecedores de relatórios creditícios obrigados a modificar suas políticas de tratamento de informação pessoal; prestadores de serviços de Internet instruídos a não bisbilhotar as comunicações eletrônicas de funcionários e serviços de câmeras de vigilância de foram obrigados a fazer uso proporcional de sua tecnologia.

Entretanto, a proteção dos direitos humanos baseada em mecanismos de *enforcement* local é insuficiente, particularmente quando se tenta aplicá-los a quem presta serviços *online* a partir de terceiros países. Graças ao livre fluxo de informação! Assim, determinados operadores podem tirar vantagem da maior flexibilidade que certos países conferem em comparação a outros, o que pode ser definido como *human rights dumping*, que se origina das assimetrias entre os países na questão do respeito aos direitos humanos. Isso equivale a fabricar produtos em terceiros países sob condições ambientais degradantes ou abastecer prateleiras com bens produzidos com trabalho infantil ou sob paupérrimas condições de trabalho.

A crescente importância da Internet em nossas vidas, e o privilegiado papel que atores privados têm na rede, obriga-nos a considerar a responsabilidade destes em relação à violação de direitos humanos *online*. Entretanto, mecanismos voluntários ou soluções locais não são plenamente eficazes. Talvez seja hora de nos voltarmos àquela iniciativa das Nações Unidas para estabelecer um tratado que torne exigível o respeito aos direitos humanos, não só pelos Estados, mas também pelos atores privados, aqueles que hoje controlam a Internet.

4.4 Cidadania digital e governança da Internet

A ausência de um foro internacional para a efetiva governança da Internet perpetua certas assimetrias de poder entre aqueles que atualmente a administram e os que não têm essa participação. Recusar tal governança com base na ideia de que a rede está fora do alcance dos governos é um argumento falacioso e inadequado, enquanto advogar por um sistema consensual de gestão pelos diversos grupos de interessados significa desconhecer os sistemas de representatividade democrática e ignorar a virtual ausência de uma sociedade civil empoderada.

Além de ser um espaço aberto e livre, a Internet constitui um verdadeiro patrimônio comum da humanidade. Por isso, deveria dispor de um sistema de governança, um marco

normativo internacional e uma institucionalidade similar a outros bens de interesse comum da humanidade, tais como a Antártica, o espectro radiofônico e os oceanos. Isto não implica desprezar a participação de diversos grupos de interesse, a qual contribuiria para a análise das complexidades da rede, juntamente com a introdução da transparência, estimulando o debate público e gerando melhores resultados.

Uma Internet baseada em direitos humanos não pode partir do pressuposto de que a cidadania e as organizações da sociedade civil dispõem de capacidades instaladas para participar da governança da Internet. Muito pelo contrário. Com exceção de um reduzido número de países, a maior parte carece de tais capacidades: ou elas estão cooptadas pelo setor privado ou pelo governo em exercício. Uma política de Internet baseada em direitos humanos deve empoderar as pessoas para que exerçam efetivamente sua cidadania no ambiente digital e possam ser partícipes da governança da Internet, quer seja diretamente ou através de canais democráticos.

4.5 Primeiro os direitos humanos, depois o mercado

Pretender que os direitos humanos operem em um vácuo seria ingenuidade; eles são o resultado de circunstâncias históricas e sua maior ou menor efetivação também depende das condições de tempo e espaço em que ocorrem. Uma certa dose de realismo obriga a prestar atenção a tais circunstâncias, tal como o funcionamento da maior parte da economia mundial com base no mercado. Entretanto, levar em consideração o mercado não pode implicar ceder às suas necessidades nem aos seus padrões de eficácia, particularmente se eles significarem a erosão dos direitos humanos.

Uma Internet baseada em direitos humanos deve antepor estes direitos ao mercado. Assim, não se pode defender o enfraquecimento do respeito ao direito à vida privada ou de outro direito qualquer sob o pretexto de preservar a livre circulação da riqueza. Nem se pode excluir a imposição de limitações sobre a propriedade intelectual, ou sobre outros interesses de caráter essencialmente privado, quando elas são necessárias para garantir a concretização dos direitos humanos. Os direitos humanos em primeiro lugar, o mercado depois.

5 Considerações finais

A cada dia a Internet tem maior relevância na vida social, e é necessário dispor de uma política clara de direitos humanos a seu respeito. Tal política não pode, entretanto, limitar-se a um enfoque local e parcial de apenas alguns direitos fundamentais, que privilegie o funcionamento do mercado, silencie sobre o papel do Estado e omita os desafios de uma efetiva governança global da Internet.

Uma política de Internet fundamentada em direitos humanos deve basear-se em uma visão global e abrangente desses direitos, que envolva tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais, econômicos e culturais, incluído aí o direito ao desenvolvimento. Tal política deve empoderar as pessoas para que efetivamente exerçam sua cidadania no ambiente digital e possam ser partícipes da governança da Internet, estabelecendo claras responsabilidades para os atores do setor privado e antepondo os direitos humanos às demandas do mercado.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María. 1999. **La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática**. Pamplona: Aranzadi.
- ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (APEC). 2004. **APEC privacy framework**, adoptado en la 16a Reunión Ministerial de APEC, 17 y 18 de noviembre de 2004, Santiago de Chile.
- BARLOW, John Perry. 1996. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**, 8 de febrero. Davos, Switzerland. Disponível em: <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
- BERTONI, Eduardo (Comp.) 2012. **Hacia una internet libre de censura**: propuesta para América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- BRANCO, Sergio. 2007. A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação. **SUR**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 120-141. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index6.php>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
- CERDA, Alberto. 2011a. El “nivel adecuado de protección” para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, v. 36, n. 1, p. 327-356, ago.
- _____. 2011b. Enforcing intellectual property rights by diminishing privacy: how the Anti-Counterfeiting Trade Agreement Jeopardizes the Right to Privacy. **American University International Law Review**, Washington DC, v. 26, n. 3, p. 601-643.
- CERF, Vinton G. 2012. Internet access is not a human right. **New York Times**, New York, 5 enero, p. A25. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?_r=1&=>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
- CLINTON, Hillary Rodham. 2010. **Remarks on Internet Freedom**. Discurso pronunciado en el Newseum, 21 de enero. Washington DC: U. S. Department of State. Disponível em: <<http://www.state.gov/secretary/rm/2010/01/135519.htm>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
- CHAVES, Gabriela Costa; VIEIRA, Marcela Fogaça; REIS, Renata. 2008. Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil. 2008. **SUR**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 168-198. Disponível em: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,artigo_chaves.htm>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
- CORREA, Carlos M. 2005. El acuerdo sobre los adpic y el acceso a medicamentos en los países en desarrollo. **SUR**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 26-39. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/esp/index3.php>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
- DYNAMIC Coalition on Internet Rights and Principles. Disponível em: <<http://internetrightsandprinciples.org/site/charter/>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
- DOMMEN, Caroline. 2005. Comercio y derechos humanos: rumbo a la coherencia. **SUR**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 6-25. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/esp/index3.php>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.

- DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. 2002. **Information feudalism: who owns the knowledge economy?** Londres: Earthscan Publications. Disponible em: <http://www.anu.edu.au/fellows/jbraithwaite/_documents/Manuscripts/Information_Feudalism.pdf>. Último acceso em: 16 Mar. 2013.
- FISS, Owen M. 1996. **The irony of free speech**. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- FORTIN, Carlos. 2008. Régimen jurídico del comercio internacional y derechos humanos: una compleja relación. **Anuario de Derechos Humanos**, Santiago de Chile, n. 4, p. 231-244.
- GOLDSMITH, Jack L.; WU, Tim. 2006. **Who controls the Internet?: illusions of a borderless world**. New York : Oxford University Press.
- GOLDSTONE, Lawrence. 2011. **Inherently unequal: the betrayal of equal rights by the Supreme Court, 1865-1903**. New York: Walker & Company.
- LESSIG, Lawrence. 2005. **Cultura libre: cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad**. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- LIDDICOAT, Joy. 2011 Conceptualising accountability and recourse. In: GLOBAL INFORMATION SOCIETY WATCH 2011–Internet rights and democratization: focus on freedom of expression and association online. South Africa: Association for Progressive Communications (APC); Humanist Institute for Cooperation with Developing Countries (Hivos), p. 15-19. Disponible em: <http://giswatch.org/sites/default/files/gisw2011_en.pdf>. Último acceso em: 16 mar. 2013.
- MOUNIER, Pierre. 2002. **Los dueños de la Red: una historia política de Internet**. Madrid: Editorial Popular.
- NACIONES UNIDAS. 2003. Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. **Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos**. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26 de agosto de 2003).
- _____. 2011. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**, Frank La Rue. UN Doc. /HRC/17/27 (16 de mayo de 2011).
- _____. 2012. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. **Resolución sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet**. UN Doc. A /HRC/20/L.13 (29 de junio de 2012).
- NUNZIATO, Dawn C. 2009. **Virtual freedom: net neutrality and free speech in the Internet age**. Stanford, CA: Stanford Law Books.
- NWOBIKE, Justice C. 2006. Empresas farmacéuticas y acceso a medicamentos en los países en desarrollo: el camino a seguir. **SUR**, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 128-145. Disponible em: <<http://www.surjournal.org/esp/index4.php>>. Último acceso em: 16 mar. 2013.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). 1980. **Recommendation of the council concerning guidelines governing the protection of privacy and transborder flows of personal data**: adoptada por el Consejo el 23 de septiembre de 1980. OECD Doc. C(80)58/Final.

- PATTERSON, James T. 2010. **Freedom is not enough**: the Moynihan report and America's struggle over black family life: from LBJ to Obama. New York: Basic Books.
- TRIDENTE, Alessandra. 2009. **Direito autoral**: paradoxos e contribuições pra a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier.
- UNITED STATES OF AMERICA. 2010. Public Law. Limitations on liability relating to material online, Title 17, Chapter 5, § 512. **United States Code**, Copyrights, 2006 Edition, Supplement 5, Title 17. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2010-title17/USCODE-2010-title17-chap5-sec512/content-detail.html>>. Último acesso em: 16 mar. 2013.
- _____. 2011. Public Law. Protection for private blocking and screening of offensive material, 47, § 230. **United States Code**, Telegraphs, Telephones and Radiotelegraphs, 2006 Edition, Supplement 5, Title, 17. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title47/USCODE-2011-title47-chap5-subchapII-partI-sec230/content-detail.html>>. Último acesso em: 16 mar. 2013.
- VIANNA, Túlio Lima. 2006. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Ciudad de México, v. 12, n. 2, p. 933-948.
- WAGNER, Ben. 2011. Freedom of expression on the Internet: implications for foreign policy. In: GLOBAL INFORMATION SOCIETY WATCH 2011: Internet rights and democratization: focus on freedom of expression and association online. South Africa: Association for Progressive Communications (APC); Humanist Institute for Cooperation with Developing Countries (Hivos), p. 20-22. Disponível em: <http://giswatch.org/sites/default/files/gisw2011_en.pdf>. Último acesso em: 16 mar. 2013.

Jurisprudência

- FRANCIA. 2009. Consejo Constitucional. Decisión n. 2009-580DC, 10 de junio de 2009, párrafo 17.

NOTAS

1. Ver Internet Rights & Principles Coalition, Beta Version of the Charter of Human Rights and Principles for the Internet (Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet). Disponível em: <<http://internetrightsandprinciples.org/site/charter/>>. Último acesso em: 16 Mar. 2013.
2. O sistema dos Estados Unidos estabelece uma isenção de responsabilidade para terceiros intermediários para a infração de direitos autorais

online e um regime de imunidade para outros conteúdos. Ver 17 United States Code § 512: Limitations on liability relating to material online, and 47 United States Code § 230: Protection for private blocking and screening of offensive material.

3. Ver Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), 1980; e Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), 2004.

ABSTRACT

Technological development provides new opportunities for the progress of humanity as well as for the realization of human rights, although, at the same time, it also creates new risks for these rights. In recent years, public-private initiatives have advanced the need to promote and preserve freedom on the Internet as an essential assumption for the progress towards the realization of human rights and the functioning of a democratic society. One of these is called Internet Freedom.

In this article, the author maintains that the focus of Internet Freedom is, however, limited, because it provides a skewed view of the relevance of human rights in the online environment. After noting these limitations, the author suggests elements that should be integrated in an Internet approach sustained by a comprehensive focus on human rights for the Internet.

KEYWORDS

Internet Freedom – Human rights – Digital citizenship – Internet governance – Corporate responsibility

RESUMEN

El desarrollo tecnológico ofrece nuevas oportunidades para el progreso de la humanidad, así como para la concreción de los derechos humanos, aunque, a la vez también crea nuevos riesgos para estos mismos derechos. En los recientes años, diversas iniciativas público-privadas han enarbolado la necesidad de promover y preservar la libertad en Internet, como un supuesto esencial para la progresiva realización de los derechos humanos y el funcionamiento de una sociedad democrática. Se trata de *Internet Freedom*.

En este artículo, el autor sustenta que el enfoque de *Internet Freedom* es, sin embargo, limitado, porque brinda una visión sesgada de la relevancia de los derechos humanos en el entorno en línea. Tras constatar dichas limitaciones, el autor sugiere los elementos que debería integrar una aproximación a Internet sustentada en un enfoque comprensivo de los derechos humanos para Internet.

PALABRAS CLAVES

Internet Freedom – Derechos humanos – Ciudadanía digital – Gobernanza de internet – Responsabilidad empresarial



FERNANDA RIBEIRO ROSA

Fernanda Ribeiro Rosa é socióloga, formada pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Gestão e Políticas Públicas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) com dissertação na temática de letramento digital. Sua experiência profissional concentra-se nas áreas de gestão pública, políticas públicas, pesquisa e direitos humanos.

Email: feferosa@gmail.com

RESUMO

Este estudo tem como principal objetivo abordar a área de inclusão digital como um campo de ação do Estado e de políticas públicas, imersa numa pluralidade de concepções e num espaço de disputa por seus significados. Para isso, examinamos alguns sentidos dados à inclusão digital e os dilemas que deles advêm para a formulação de políticas públicas, tendo como referência as discussões presentes na literatura de direitos humanos e a compreensão do direito à comunicação como uma das faces dessa temática. Defende-se a importância de abordar a inclusão digital como um direito social, a partir do diálogo com a Educação e do conceito de letramento digital, o qual implica um olhar muito além do acesso às TIC e pressupõe a definição das habilidades e práticas sociais necessárias no atual estágio informacional da sociedade, para que sejam foco de novas políticas públicas.

Original em português.

PALAVRAS-CHAVE

Inclusão digital – TIC – Direitos humanos – Políticas públicas – Letramento digital



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

INCLUSÃO DIGITAL COMO POLÍTICA PÚBLICA: DISPUTAS NO CAMPO DOS DIREITOS HUMANOS*

Fernanda Ribeiro Rosa**

[...] o direito à liberdade de palavra possui pouca substância se, devido à falta de educação, não se tem nada a dizer que vale a pena ser dito, e nenhum meio de se fazer ouvir se há algo a dizer.

(MARSHALL, 1967, p. 80)

1 Introdução

Para entender a área de inclusão digital como novo campo de ação do Estado e, conseqüentemente, de políticas públicas, é fundamental observar que o termo inclusão digital está envolvido em um amplo território de disputas por suas concepções e objetivos e que, no singular, transmite pouco do seu complexo campo de significados.

Neste artigo, esse campo é pautado tendo em vista sua riqueza, por um lado, e as dificuldades que emergem para a formulação de políticas públicas, de outro, uma vez que não é incomum que o tema da inclusão digital seja compreendido mais como um território consequente da disputa e de inovações entre corporações no avançado mercado de tecnologia e menos como um espaço carente de produção de políticas públicas; mais como uma questão a ser resolvida “naturalmente” com o maior acesso às novas tecnologias, e menos como uma área cujo foco precisa ser colocado nos sujeitos, nas práticas e nas habilidades necessárias para o seu desenvolvimento.

A partir do diálogo com a literatura produzida no campo dos direitos humanos e

*Este artigo foi produzido com o apoio da segunda edição do Programa de Incentivo à Produção Acadêmica em Direitos Humanos, no primeiro semestre de 2013, numa parceria entre a Conectas Direitos Humanos e a Fundação Carlos Chagas. Mais informações disponíveis em: <<http://www.conectas.org/revista-sur/conectas-e-fundacao-carlos-chagas-divulgam-selecionados-para-o-programa-de-incentivo-a-producao-academica-em-direitos-humanos?pg=2>>. Último acesso em: Maio 2013.

**Agradeço imensamente ao apoio da equipe do programa e, em especial, à orientação do professor Sérgio Amadeu da Silveira cujos comentários foram fundamentais para a versão final do artigo, não sendo de sua responsabilidade, no entanto, possíveis incorreções.

do entendimento do direito à comunicação como uma das faces da temática, procura-se analisar os desafios presentes na trajetória das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) como política pública. Os resultados da análise apontam que o atual estágio das TIC e dos debates em torno delas levam à necessária compreensão do campo da inclusão digital como uma dimensão da cidadania. Compreensão que se dá, fundamentalmente, por meio do conceito de letramento digital, cujo foco recai na qualidade do acesso e na autonomia dos sujeitos como alvos da ação governamental.

O artigo inicia mostrando o contexto em que emerge a área de inclusão digital e os diferentes papéis exercidos pelos Estados no desenvolvimento das telecomunicações e na massificação das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC). Nesse cenário, surgem elementos diferenciadores de políticas entre os países, que permitem explicitar a aplicação de diferentes visões de inclusão digital, sendo que as concepções de direitos humanos envolvidas mostram-se como espaço fértil de compreensão das diferenças.

Em seguida, buscando um aprofundamento nas disputas em torno do conceito de inclusão digital como direito humano, utilizamos as vertentes analíticas de políticas públicas que dão ênfase às “ideias”, isto é, aos valores e concepções de mundo presentes no universo de disputa das políticas públicas. Apresentados alguns pressupostos dessas vertentes, intenta-se compreender embates e sentidos nem sempre explícitos nos discursos dos atores no campo da inclusão digital e que, na concepção apresentada no artigo, influenciam a adesão a certas alternativas de políticas em detrimento de outras.

Para a análise desses dilemas, utiliza-se como referência o exemplo do surgimento da Educação como novo direito social no início do século XX, quando educar os indivíduos se tornou fundamental para um novo paradigma de desenvolvimento econômico.

O artigo se encerra com a discussão sobre o letramento digital como um aspecto fundamental para canalizar a luta pelo reconhecimento da inclusão digital como direito social e estimular novas políticas públicas focadas nas habilidades e práticas sociais necessárias à formação de cidadãos autônomos na sociedade atual.

2 Inclusão digital: sentidos que emergem em um novo campo de ação do Estado

A inclusão digital como área de políticas públicas é recente, principalmente se comparada ao rol de outras políticas sociais, como saúde e educação, ou políticas de infraestrutura, como telecomunicações (MORI, 2011). Nesse contexto, enquanto conceito, a inclusão digital é alvo de disputa entre muitos significados. Além de definir um campo multifacetado, cujo elemento agregador é o foco nas novas tecnologias de informação e comunicação (TIC), entre as quais se destacam o computador, o celular e, marcadamente, a Internet, inclusão digital é um termo utilizado para adjetivar diferentes ações, programas e políticas públicas voltadas às TIC. Por isso, não é exagero ou modismo entendermos o conceito de maneira plural, ou encontramos menções à ideia de “inclusões digitais” (BARZILAI-NAHON, 2006).

Castells chama atenção para a importância dos grandes avanços tecnológicos vividos no final do século XX, que dão origem à mais recente “revolução tecnológica” da humanidade, “induzindo a um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura” (CASTELLS, 2005, p. 68). Como exemplo desse processo nada corriqueiro, nos Estados Unidos a Internet levou quatro anos para alcançar 50 milhões de usuários, enquanto a televisão levou 13 anos, o computador 16, e o rádio, 38 anos (TAKAHASHI, 2000, p. 3).

Apesar de sua capilaridade e reconhecida importância, a distribuição das novas TIC nunca foi homogênea, mas, ao contrário, tem reproduzido um padrão de desigualdade, alcançando antes regiões de capitalismo mais avançado e classes econômicas mais elevadas em todo o mundo. Como exemplo, os números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 2010, mostram que, enquanto na África a média de usuários da Internet varia, em suas diferentes regiões, de 6 a 10 em cada 100 habitantes, na América do Sul, a média é de 33 usuários em cada 100 habitantes, já na América do Norte (Estados Unidos e Canadá) a média sobe para 80 usuários e no Oeste Europeu contabilizam-se 82 usuários em cada 100 habitantes.¹ É nesse cenário que o significado das TIC na estrutura social é comumente problematizado, e se estabelece um olhar que opõe quem faz parte e quem está à margem da utilização das novas tecnologias e benefícios consequentes dessas transformações, num processo que ficou conhecido internacionalmente como *digital divide* ou *digital gap* e que, no Brasil, traduzimos como exclusão ou brecha digital. O seu sentido inverso e positivo é chamado, no Brasil, de inclusão digital e, menos recorrentemente, em países de língua inglesa, como *digital inclusion*.

Mori (2011) encontra na literatura internacional a palavra *divide*, com sentido de desentendimento, divisão entre partes ou apartação de grupos sociais – a qual remete à luta pelos **direitos civis**, nos EUA, na década de 1960. Já *inclusion* estaria relacionado a discussões que, com frequência, tratam das desigualdades econômicas, políticas, sociais, culturais, de gênero etc. (MORI, 2011, p. 34). No Brasil, sabemos que a palavra “inclusão” também é carregada de sentido, dadas as lutas por direitos sociais contrapostas a uma sociedade historicamente desigual e marcada por regimes ditatoriais, durante os quais, assistiu-se a avanços importantes no campo dos direitos sociais, no século XX, a despeito dos limites impostos aos direitos civis e políticos (CARVALHO, 2012). Tais lutas disseminaram a ideia de “inclusão social”, principalmente a partir de meados da década de 1970, por meio da eclosão dos “novos movimentos sociais”, que influenciaram, em grande medida, o conteúdo da Constituição de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã” (SILVA; YASBEK; DI GIOVANNI, 2004, p. 22). Nesse contexto, não nos parece aleatório que seja o conceito de *digital divide* – mais próximo historicamente das discussões sobre direitos civis – aquele que se difunde nos Estados Unidos, país fundamentado socialmente em ideais igualitários, independência e iniciativa pessoal (KOWARICK, 2003, p. 63), enquanto no Brasil, o conceito que se consolida é o de “inclusão digital”, mais marcado pela luta por direitos sociais, historicamente destacados no país.

3 Diversos conceitos

Ao longo dos anos, a questão da inclusão *versus* exclusão digital vem sendo abordada de diferentes formas, distanciando-se da lógica binária – ter ou não ter acesso –, e avançando no sentido de entender que existem diversas gradações possíveis (WARSCHAUER, 2006) ou a chamada “desigualdade digital” entre usuários (DIMAGGIO; HARGITTAI, 2001).

Em pesquisa bibliográfica, Mori (2011) identifica três vertentes de compreensão do conceito de inclusão digital: como “acesso”, como “alfabetização digital” e como “apropriação de tecnologias”. A primeira focaliza a distribuição de bens e serviços que garantam o acesso à infraestrutura e às TIC. Já na segunda vertente, o foco é colocado nas habilidades básicas em TIC, que permitam ao indivíduo saber fazer uso delas, sendo, neste caso, o acesso aos meios físicos, bem como a alfabetização escolar, os requisitos necessários para se desenvolver. A terceira vertente defende um passo posterior à chamada alfabetização digital: além de saber usar, os indivíduos devem desenvolver uma compreensão dos novos meios que lhes permitam apropriar-se desses recursos para “reinventar seus usos e não se constituir como meros consumidores” (MORI, 2011, p. 40).

Esta última vertente, muito embora possa ser compreendida como um tipo de concepção sobre inclusão digital, tem recebido denominações paralelas de parte de alguns autores com vistas a explicitar o sentido de apropriação e desenvolvimento autônomo dos sujeitos frente às novas tecnologias. É assim que Schwartz (2006) denomina de “emancipação digital” o processo que permite aos indivíduos utilizarem as tecnologias em favor da construção de conhecimento, enquanto Silveira (2008) utiliza o conceito de “inclusão digital autônoma”, compreendendo que tanto o conhecimento dos indivíduos como a infraestrutura, alvo da lógica de competição de mercado, são indissociáveis da ideia de autonomia esperada. Warschauer (2006) também discute a dificuldade de abarcar em “inclusão-exclusão digital” a ideia de um desenvolvimento social que supere o mero acesso físico aos computadores e à conectividade.

Outro conceito que emerge é o de letramento digital (SILVA et al., 2005; BUZATO, 2009; ROSA; DIAS, 2012), cuja origem é o campo da Educação, no qual letramento significa mais do que ser alfabetizado e abarca a capacidade de aplicar o conhecimento em um contexto (SOARES, 2004).

Embora o senso comum defina o letramento como a habilidade individual de ser capaz de ler e escrever, os teóricos do “novo letramento” preferem uma definição mais abrangente, que leva em consideração os contextos sociais da prática associada ao letramento [...] aquilo que se considera leitura ou escrita hábil varia amplamente de acordo com os contextos histórico, político e sociocultural.

(WARSCHAUER, 2006, p. 65-66).

Em relação às TIC, essa abordagem supõe que um indivíduo letrado digitalmente vá além da destreza no uso de ferramentas do ambiente digital, tornando-se capaz de fazer uso social das habilidades em TIC em seu cotidiano, numa ação

consciente diante das suas necessidades. Vê-se assim que letramento digital **não se confunde** com a ideia de alfabetização digital, mais voltada aos aprendizados iniciais das novas tecnologias.

Voltaremos a este tema mais adiante, mas chamamos a atenção, neste momento, para o maior nível de abrangência e teor político estabelecido pela linha que defende a inclusão digital como apropriação de tecnologia em relação às outras vertentes.

3.1 Diversos objetivos

Para além dos vários significados associados ao conceito de inclusão digital, também é importante atentar para os diferentes propósitos associados a ela e sistematizados por Mori (2011): inclusão digital como elemento de desenvolvimento econômico; como solução de problemas sociais; e como ferramenta para o desenvolvimento multidimensional do sujeito, relacionando-se com a garantia de direitos de cidadania.

A abordagem que propõe o desenvolvimento econômico como objetivo da inclusão digital pauta-se na necessidade de capacitar trabalhadores para aumentar suas oportunidades no mercado. Já a vertente que associa a inclusão digital à solução de problemas sociais aposta no poder das tecnologias como catalisadoras de mudanças e busca tornar sinônimas inclusão digital e inclusão social. Segundo a autora, porém, essa vertente implica um determinismo tecnológico, ao atribuir às tecnologias o poder de resolver problemas de natureza bem diversa.

Por fim, a abordagem que relaciona a inclusão digital à garantia de direitos de cidadania volta-se para os atores, com foco no uso das TIC por indivíduos e comunidades em diferentes atividades do cotidiano, de maneira a melhorar suas condições de vida, levando em consideração as diversas dimensões que os envolvem e as TIC.

Nota-se que autores que defendem o sentido de apropriação de tecnologias, discutido anteriormente, tendem a compreender o objetivo da inclusão digital como garantia de direitos. Como exemplo, podemos citar Silveira, para quem “[...] é fundamental que as pessoas sejam capacitadas cognitivamente, formadas para realizarem no mesmo ritmo das elites a busca de suas necessidades e a defesa dos seus direitos” (SILVEIRA, 2008, p. 37).

Diante dessa resumida exposição, parece manifesto que a inclusão digital surge como um novo campo de ação nas sociedades, no final do século XX. Não está em questão a importância ou insignificância das novas tecnologias – ainda que haja críticas aos usos e aos atores que se apropriam dos efeitos de seu desenvolvimento (CASTELLS, 2005; SILVEIRA, 2012). O principal ponto de debate que identificamos na discussão acima diz respeito **ao que é entendido como inclusão digital** (acesso, alfabetização digital ou apropriação das tecnologias) e **qual seu objetivo** (desenvolvimento econômico, solução de problemas sociais ou garantia de direitos), para que a população usufrua de uma condição mínima que a torne apta a se desenvolver num cenário social que requer o uso e o conhecimento de novas ferramentas e recursos digitais. Em que pese à parceria com atores não

governamentais, no desenvolvimento tecnológico e na sua expansão nas sociedades em diversos países (TAKAHASHI, 2000, p. 33), e a forte presença do mercado, produzindo ferramentas digitais cada vez mais acessíveis, a inclusão digital, principalmente em seu sentido de acesso à infraestrutura, tem angariado o *status* de ação governamental de distintas formas.

3.2 Diferentes abordagens, universalização e focalização

Um exemplo de cenário em que se destaca o papel ativo do Estado foi a definição do acesso à Internet como um direito fundamental pelo Conselho Constitucional da França, numa atitude pioneira, em 2009. Ainda naquele país, no final da década de 1970, foi desenvolvido o sistema *Minitel*, que conectava uma tela ao telefone e era distribuído gratuitamente pela agência de telecomunicação, estatal na época. Para uma colaboradora da agência, o objetivo do *Minitel* era: “[...] computadorizar a sociedade francesa e assegurar a independência tecnológica da França” (SCHOFIELD, 2012, tradução nossa). O aparelho passou a incluir serviços como resultado de exames, banco, reservas de passagens, bate-papo, etc. Em 1982, ele se tornou um serviço nacional e, na década de 1990, continuava a ser utilizado por mais de 25 milhões de usuários. Curiosamente, o *Minitel* entrou em processo de extinção apenas em 2012, trinta anos após seu lançamento, em virtude de limitações evidentes frente à evolução da Internet (SCHOFIELD, 2012).

Outra experiência de fomento público são os primeiros telecentros (*telecottages*), disponibilizados, desde 1985, pelos governos da região da Escandinávia, como espaços para prover comunicação a pequenos povoados e aldeias rurais. Essa ação, iniciada na Suíça e na Dinamarca, tinha como objetivo aspectos mais sociais que técnicos, e passou a ser classificada como *modelo escandinavo* de telecentros, em oposição ao *modelo anglo-saxão*. Este último baseava-se em telecentros (*telecentres*) de propriedade conjunta dos setores público e privado, sem focalização em populações mais vulneráveis, como ocorria no primeiro modelo. Os objetivos dos telecentros anglo-saxões eram mais comerciais: dar à população acesso aos recursos mais modernos de tecnologia, prover cursos para empresários e trabalhadores, e alugar salas para aqueles que desejavam trabalhar fora do domicílio, mas não possuíam escritório ou ferramentas para isso, num incentivo ao teletrabalho (MOLNÁR; KARVALICS, 2002).

Ainda na linha da criação de telecentros, o Ministério das Comunicações brasileiro nos últimos anos tem dado apoio à implantação de telecentros públicos e comunitários, em locais sem acesso, por meio de organizações sociais conveniadas. Além de mobiliário, equipamentos, acesso à Internet banda larga, o governo fornece bolsas de treinamento para monitores locais em parceria com organizações não-governamentais (ONG).²

Há outros exemplos que expõem diferentes atores e estratégias de execução, como o dos Estados Unidos, onde os *Computer Technological Centers* ou Centros Tecnológicos de Computador (CTC) – mantidos, desde a década de 1990, por organizações não estatais e por subvenções de universidades e empresas – proveem acesso e cursos de formação em TIC para populações vulneráveis no país com

apoio de gigantes do setor da informática, como a *Apple* e a AT&T. Ainda que o caso americano não envolva o Estado na ação apresentada, ele é interessante para apontar diferenças nos desenhos e a não exclusividade de atores responsáveis pelas ações na área de inclusão digital. Independentemente dessa diferença, as ações de telecentros no Brasil e nos Estados Unidos se aproximam do modelo escandinavo no que diz respeito ao foco nas populações com pouco ou nenhum acesso.

Embora essas ações obviamente não pretendam representar a totalidade de políticas de inclusão digital nesses países, elas dão um panorama sobre distintos modos de resposta às demandas sociais. Ao mesmo tempo, essas experiências mostram as diferenças que se verificam tanto na concepção de programas, como no papel exercido pelo Estado em cada uma delas, que levam à importante discussão sobre universalização e focalização das políticas públicas. Como visto, enquanto no exemplo francês, a atuação do Estado é universal, os casos selecionados da Escandinávia, do Brasil e dos Estados Unidos representam exemplos de ações focalizadas. Por trás dessas escolhas, encontram-se duas concepções distintas: a universalização pressupõe que um dado bem ou serviço é **direito** de todos, e, como tal, deve ser garantido pelo Estado a toda a população; já a focalização presume que o referido bem ou serviço concerne a uma **capacidade** de todos, sendo necessário provê-lo apenas aos que não podem obtê-lo por seus próprios meios.

Acreditamos que a escolha de uma dessas abordagens é condicionada pela construção histórica das opções e dos paradigmas políticos e da presença de atores (BÉLAND; HACKER, 2004). Mesmo sendo um campo recente, as diferentes concepções de inclusão digital, explicitamente ou não, dialogam com um território de significados, seja de direitos civis, de direitos sociais ou de direitos políticos, a depender da abordagem.³ Trata-se de um território de “ideias” (FARIAS, 2003; KINGDON, 2011) que tem importante papel na trajetória seguida pelo campo da inclusão digital como política pública.

4 Porque observar “ideias” e argumentos na análise de políticas públicas

Entende-se por “ideias” “a afirmação de valores, [...], relações causais, [...] soluções para problemas públicos, símbolos e imagens que expressam identidades públicas e privadas, bem como concepções de mundo e ideologias” (FARIAS, 2003, p. 23). Esta é a conceituação que embasa as vertentes analíticas das políticas públicas que destacam o papel das ideias e do conhecimento. Para Kingdon (2011), as ideias podem ser mais importantes na escolha de uma alternativa de agenda política que grupos de pressão. Ele afirma: “O conteúdo das ideias em si mesmas, longe de serem meras desculpas ou racionalizações, são partes integrais da tomada de decisão, dentro e em torno do governo” (KINGDON, 2011, p. 125, tradução nossa). Isso significa que, num processo decisório, para além de estratégias, influência e pressão, a análise das ideias em jogo na arena é parte significativa da compreensão tanto da seleção de alternativas para compor a agenda política quanto da própria formulação das políticas.

Ao buscar entender o complexo universo de formulação de políticas que

envolvem inclusão digital, com vistas a compreender paradigmas ou temáticas sobre os quais se desenvolvem os confrontos e as convergências de ideias na arena de decisão sobre este tema, o **campo de ideias dos direitos humanos se sobressai**.

Primeiramente, como já vimos, falar em inclusão/exclusão digital ou *digital divide* remete a significados atrelados aos direitos: no Brasil, inclusão/exclusão é vocabulário presente nas lutas por direitos sociais; nos Estados Unidos, *divide* rememora a luta por direitos civis. Em linha semelhante, vimos que o campo dos direitos também é referido explicitamente por algumas abordagens de inclusão digital, como aquela que a concebe como garantia dos direitos de cidadania. Soma-se a essas evidências o contraste entre universalização e focalização nas políticas de inclusão digital, as quais, como vimos, deixam claro o dilema sobre se o acesso e uso das TIC é um direito de todos a ser provido pelo Estado ou se, em vez disso, constitui uma responsabilidade individual, sendo necessária uma ação positiva estatal apenas para dar suporte aos que não utilizam e não têm acesso.

Por fim, há outra evidência de que o campo dos direitos humanos influencia fortemente a discussão sobre inclusão digital: a existência de movimentos que lutam, por um lado, pela liberdade de expressão, no campo dos direitos civis, e por outro, pela democratização dos meios de comunicação, como direitos sociais e políticos. Tais movimentos incluem as novas TIC no debate sobre acesso às mídias, difundindo diferentes visões de inclusão digital no território em disputa.

No entanto, o reconhecimento de um campo como direito não significa ausência de entraves para sua efetivação, uma vez que os direitos humanos estão no plano do ideal e, de alguma maneira, refletem o que uma sociedade deve ser e não o que ela é. Nesse sentido, pela sua peculiaridade, o campo dos direitos torna-se território fecundo para embates no plano político, e as temáticas de inclusão digital, como veremos a seguir, exemplificam bem essa questão.

5 Direitos Humanos: espaço de disputas por sentidos

5.1 *A abordagem da proteção às liberdades individuais: as TIC como meios*

Conforme abordado no artigo 19º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Complementarmente, o artigo 13º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em vigor desde 1978, afirma que:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. [...] Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o

abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, grifos nossos).

Em documento mais recente, publicado em 2009 pela OEA, por meio da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH), e intitulado *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, vê-se uma amostra da maneira como tem se desenvolvido o debate em torno do direito à liberdade de expressão. Primeiramente, esse direito é associado à “função de proteger o direito individual de cada pessoa pensar por si mesma e compartilhar com outros informações e pensamentos próprios e alheios” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, tradução nossa). Em seguida, atribui-se a importância da liberdade de expressão à sua “relação estrutural com a democracia” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, tradução nossa). Por fim, credita-se à liberdade de expressão “uma importante função instrumental, pois se trata de uma ferramenta chave para o exercício dos demais direitos fundamentais” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, tradução nossa), como o direito à participação, à educação, à liberdade religiosa etc. Assim, “pelo importante rol instrumental que cumpre este direito, se encontra no centro do sistema de proteção dos direitos humanos do hemisfério” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, tradução nossa).

Vemos nos referidos documentos fundantes da defesa da liberdade de expressão, no plano internacional, a construção desta como um **direito civil**, de proteção ao indivíduo. Nesse contexto, as TIC, entendidas como **meios para o exercício desse direito**, ganham relevância, e o acesso a elas torna-se condição necessária pelo potencial e crescente popularidade que alcança como meio de difusão de ideias.

5.2 A abordagem da defesa de direitos políticos e sociais: as TIC como espaços de poder

De acordo com Spenillo (2008), o direito à comunicação surge como questão coletiva mais intensamente no Brasil e internacionalmente no início do século XXI, quando a comunicação assume um papel relevante e multiplicam-se demandas pelo seu questionamento e reconhecimento enquanto direito. Nesse contexto, busca-se defender as TIC não somente como meios que devem ser acessados, mas como espaços de conscientização e poder. O **foco no acesso** às novas tecnologias passa a ser insuficiente.

As liberdades de informação e de expressão postas em questão na atualidade não dizem respeito apenas ao acesso da pessoa à informação como receptor, nem apenas no direito de expressar-se por ‘quaisquer meios’ – o que soa vago e não garante o acesso do cidadão,

com poder de controle, à grande mídia por exemplo – mas de assegurar o direito de acesso do cidadão e de suas organizações coletivas aos meios de comunicação social na condição de emissores – produtores e difusores – de conteúdos.

(PERUZZO, 2005, p. 278-279).

Televisão e Internet são, além de práticas de comunicação, meios de comunicação de largo alcance mantidos por empresas privadas ou públicas que atuam politicamente como atores estabelecidos que promovem, sustentam e detêm poderes no sistema vigente. É, portanto, contra eles que se faz uma luta pelo direito de todos à comunicação.

(SPENILLO, 2008, p. 15).

A concepção presente nestes excertos, que reformula a ideia de liberdade de expressão, alinha-se ao conceito de *letramento midiático* – o qual requer indivíduos críticos perante fontes escritas e audiovisuais tradicionais, como televisão e rádio, e, mais recentemente, tem a expectativa do surgimento de usuários mais ativos, menos consumidores de informação e mais participantes de sua construção no ambiente da Internet. Como aponta Livingstone (2002, p. 2), “[...] letramento midiático não é redutível a uma característica ou habilidade do usuário, mas é melhor entendido como uma coprodução de um engajamento interativo entre tecnologia e usuário”.

Entre autores que discutem as características intrínsecas às novas tecnologias e os riscos de usurpação, explicitam-se as condições necessárias para a manutenção e expansão das liberdades na Internet e para a apropriação das tecnologias que garantam o direito à comunicação. As “assimetrias”, que podem advir da velocidade das redes e da neutralidade de circulação de informação através delas, podem impactar fortemente o ambiente para que indivíduos autônomos tenham papel relevante em meio digital, seja para navegar livremente e criar conteúdos de seu interesse, seja para alterar padrões, criar novas soluções e inovar os recursos tecnológicos existentes independentemente das grandes corporações (SILVEIRA, 2011).

Complementando este quadro, que desloca a abordagem do papel das TIC na sociedade, a campanha de mobilização da sociedade civil *Communication Rights in the Information Society* (CRIS),⁴ ou Campanha pelo Direito à Comunicação na Sociedade da Informação, tem papel importante e original, por expandir a discussão, no plano internacional, para o âmbito dos direitos humanos a partir da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, realizada pela ONU, nos anos 2000.

A Campanha defende quatro pilares que sustentam o referido direito: a comunicação na esfera pública, que contempla o debate sobre a participação política na sociedade; o conhecimento da comunicação, que envolve saber como o conhecimento gerado pela sociedade é comunicado ou bloqueado em prol de certos grupos; os direitos civis na comunicação, em defesa das liberdades individuais por meio da comunicação e, por fim, os assim chamados direitos culturais na comunicação, que envolvem a comunicação entre culturas diversas e identidades, nos níveis individual e social.

Nessa abordagem, a comunicação é entendida como um direito que ultrapassa o campo dos direitos civis, avançando em termos de direitos políticos e sociais, ao considerar a participação política e os direitos culturais. As TIC não são apenas os meios para alcançá-los, mas o próprio objeto de disputa por apropriação.

5.3 *TIC como meio versus TIC como espaços de poder*

A partir do confronto entre as duas abordagens apresentadas, é possível constatar que a defesa do direito à comunicação, fundada na liberdade de expressão e nas TIC como meios para o exercício desse direito, supõe a igualdade de *status*, nos termos de Marshall (1967), num contexto de desigualdade de poder – um blogueiro independente fazendo denúncias contra um grupo midiático, por exemplo, já expressaria o uso pleno dessa liberdade. Já a expansão do debate para questionar as formas de apropriação das TIC e a sua capacidade de manuseio pelos sujeitos, conforme defendem alguns autores, problematiza a estrutura social estabelecida, dialogando com os direitos sociais e seguindo para além deles – se considerarmos que os direitos sociais na história não têm como objetivo alterar a estrutura social.⁵

Nesse sentido, um sujeito que aprenda a manusear as novas tecnologias de maneira crítica e autônoma pode, a depender de seu letramento, questionar padrões, formatos e criar novas soluções alternativamente ao mercado. Não há limites lógicos ao seu desenvolvimento. Essa constatação evidencia o nível de criticidade dos argumentos que defendem as TICs como espaços de poder e que, ao mesmo tempo, ampliam o sentido de defesa da liberdade de expressão nos campos de disputa por significados de inclusão digital. Converter tais ideias em políticas públicas torna-se, por essa via de argumentos, um desafio ainda maior.⁶

Nesse cenário, o debate sai do campo exclusivo dos direitos civis, cujo ideal histórico é a abstenção do Estado, para incluir o campo dos direitos sociais, que se baseiam na expectativa de um comportamento ativo do Estado (MATTEUCCI, 2004). Esse fato tem relações diretas com as disputas de construção de agenda e concepções de políticas públicas que poderão advir desse quadro, além dos atores que serão envolvidos e os objetivos que se desejará alcançar com tais ações.

Não se trata mais apenas de permitir o acesso às TIC, mas de proporcioná-lo. Assim, a defesa das TIC como espaços de poder abre espaço para incluir a defesa do acesso autônomo às TIC e o letramento digital a todos os cidadãos, de forma a instrumentalizá-los para a apropriação das tecnologias e para o exercício da cidadania em seus contextos de vida. No limite, esta abordagem cria condições para se defender que o letramento digital seja incluído no currículo escolar. Este seria o momento crucial em que uma das concepções de inclusão digital alcançaria o *status* de direito social. Mas são vários os desafios para que isso aconteça.

6 O letramento digital como direito social

6.1 *Por que letramento digital*

Vimos que há ampla literatura e demandas de movimentos e organizações sociais que buscam ampliar o entendimento do campo da inclusão digital para abarcar, no plano da infraestrutura, a garantia de padrões independentes no universo das TIC, e no plano social, indivíduos autônomos e capazes de se apropriar destes recursos.

O presente texto se alinha a tal perspectiva, mas reconhece que a discussão

ainda está concentrada em comunidades de ciberativistas e especialistas, enquanto a maioria da população ignora os conflitos em torno das TIC, o que impede o aumento das pressões para alcançar políticas públicas efetivas e marcos regulatórios aderentes a essas questões. Para disseminar a questão, consideramos fundamental fazê-la via educação, por entendê-la como o caminho mais consistente e de maior potencial transformador.

Letramento digital não é um neologismo vazio de significado, mas um conceito com histórico na área da Educação que se dispõe a discutir, em termos educacionais, o complexo universo das novas tecnologias, a fim de contribuir para uma sociedade capaz de fazer uso das novas TIC e pensar criticamente a respeito do impacto que elas produzem. Desse modo, visa contribuir para a formação de uma sociedade capaz de erigir as condições para o alcance da “emancipação digital” dos indivíduos (SCHWARTZ, 2006) e de uma “inclusão digital autônoma” (SILVEIRA, 2008). Assim, o letramento digital mostra-se como elemento sintetizador que já aponta o meio de sua difusão: a escola.

A formação dos cidadãos para que usufruam das ferramentas e se desenvolvam em seus papéis deve ser a chave para uma inclusão digital efetiva e permanente, numa visão multidimensional de garantia de direitos (MORI, 2011), com foco nos sujeitos. Esta formação é necessária não apenas para o exercício da liberdade na rede, como para o desenvolvimento autônomo dos indivíduos, como já discutido. É também crucial para o desenvolvimento social, econômico e democrático dos países que, diante das mudanças tecnológicas, dependem cada vez mais de cidadãos que exerçam adequadamente sua capacidade de comunicar, de conviver e de se apropriar das TIC. Não focar nesse espaço fértil de política pública pode significar o aumento da desigualdade entre indivíduos e sociedades em um contexto de transformação do conceito de cidadania.

6.2 Letramento digital e cidadania

Sabemos que os processos de surgimento de novos direitos nas sociedades são sempre envoltos em conflitos. A defesa de concepções que motivam os usuários das TIC a serem não apenas consumidores de informação disponível, mas também produtores de conhecimento, dotados de criticidade e autonomia, entra em embate direto com o território privado da mídia estabelecida e das grandes corporações de telecomunicações. Conforme nos aponta Peruzzo, “se institui a possibilidade do surgimento de um número ilimitado de ‘jornalistas’, o que favorece a comunicação alternativa e a consecução do direito à comunicação” (PERUZZO, 2005, p. 281). O termo “jornalistas”, neste caso, refere-se a quaisquer cidadãos dispostos a retratar e discutir ideias e acontecimentos autonomamente. Essa predisposição é fundamental, já que o interesse de indivíduos e comunidades pelos meios digitais tende a aumentar na medida em que é possível encontrar, através deles, informações significantes aos seus contextos (WARSCHAUER, 2006). Assim, o dilema que se apresenta diante da expansão do direito de comunicação e de produção de conhecimento não pode ser ignorado. Bobbio sintetiza assim esse evento:

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. [...] Mas, na maioria dos casos, a escolha é duvidosa e exige ser motivada. Isso depende do fato de que tanto o direito que se afirma como o que é negado têm suas boas razões [...] A dificuldade da escolha se resolve com a introdução dos limites à extensão de um dos dois direitos, de modo que seja em parte salvaguardado também o outro.

(BOBBIO, 2004a, p. 14).

O autor dá elementos para discutir as barreiras que podem surgir no contexto em que tanto o direito ao conhecimento autônomo diante das novas tecnologias como o direito à propriedade dos meios de comunicação são considerados legítimos na sociedade. No limite, esse debate coloca em questão as possíveis transformações pelas quais passa o sentido da cidadania nas sociedades frente ao surgimento de novos direitos.

Segundo Marshall, cidadania pode ser entendida como “[...] um *status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Todos aqueles que possuem o *status* são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*” (MARSHALL, 1967, p. 76). O autor continua:

Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação à qual o sucesso pode ser medido e em relação à qual a aspiração pode ser dirigida.

(MARSHALL, 1967, p. 76).

Como não há princípios fundamentais que definam quais *devem ser* esses direitos, a cidadania é uma construção social e histórica, o que significa dizer que o que hoje se considera como direito pode deixar de sê-lo diante de mudanças sociais, econômicas e políticas, entre outros motivos, porque a cidadania representa os ideais das sociedades ou o que elas desejam ser. “O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 2004a, p. 13).

Nesse contexto, entender o processo de emergência dos direitos sociais é de grande valia, e a construção da Educação como novo campo de ação do Estado num país de capitalismo avançado é elucidativa.

Até o início do século XX, na Inglaterra, enquanto ações sociais em geral eram interpretadas como atentados à liberdade e aos direitos civis e intensamente rechaçadas, a Educação desenhava uma trajetória diferente como política social por ter sido entendida, inclusive por liberais que defendiam um Estado mínimo, como necessária para corresponder ao desenvolvimento da sociedade naquela época. Nesse sentido, no lugar da visão predominante do “autoaperfeiçoamento” como responsabilidade somente individual, este passa a ser visto como um dever social, uma vez que começou

a vigorar a compreensão de que o bom funcionamento de uma sociedade dependia da educação de seus membros (MARSHALL, 1967). A construção do discurso que inverte a lógica até então predominante pode ser visualizada no trecho abaixo:

O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança de frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado.

(MARSHALL, 1967, p. 73).

É interessante notar que, da maneira como se coloca, a Educação não se opôs, ao contrário de políticas sociais anteriores, aos direitos civis – os quais se destinavam, à época, somente aos cidadãos que sabiam ler e escrever. Nesse sentido, a Educação, o primeiro direito social a se estabelecer na Inglaterra, passou de algo a promotor da liberdade civil. Além disso, a transformação da Educação em direito ocorre sob a perspectiva de desenvolvimento: é porque o Estado precisa de adultos educados que ele educa as crianças – e a todas elas; a educação passa a ser condição do próprio desfrute das liberdades individuais. É assim que se converteu uma área de responsabilidade individual em dever social.

É possível dizer que o letramento digital representa, no século XXI, o que o paradigma da Educação representou no início do século XX, uma vez que concatena habilidades necessárias para lidar com a revolução tecnológica e enfrenta os dilemas inerentes deste paradigma. Warschauer (2006) entende que enquanto o letramento escolar (educação) foi pré-requisito para a participação dos indivíduos nos primeiros estágios do capitalismo, o acesso às TIC é condição para participar do estágio informacional em que estamos atualmente. Estágio este que, devemos acrescentar, impõe novos meios e padrões ao exercício da liberdade de expressão, marco dos direitos civis.

Apesar da afinidade entre esses paradigmas, não podemos ignorar que a mediação do mercado, no caso do letramento digital, é imperativa, e se torna um grande desafio a superar. É possível verificar que tanto *hardware* como *software* proprietário⁷ são mercadorias que intermediam a relação do usuário com o universo de conhecimento digital, impondo constrangimentos à autonomia do sujeito. Um exemplo bastante elucidativo dessa problemática é dado por Silveira (2012) ao afirmar que a memória humana está sendo “aprisionada”, na medida em que os usuários das TIC passam a salvar suas informações em meios digitais com formatos (linguagens) de *software* proprietários. Com isso, diz o autor, os usuários somente poderão continuar tendo acesso a tais informações enquanto os formatos em que foram salvas existirem. Considerando que os formatos de *software* proprietários são fechados e estão sob o controle das empresas que os produzem, as memórias digitais dos usuários também estão sob o controle destas, e podem deixar de ser acessada por mera liberalidade das corporações.

Esse é apenas um exemplo que, somado às questões anteriormente discutidas para estabelecer a comunicação como direito social, nos permite observar o impacto que pode haver na formulação de políticas públicas. Sendo o letramento

digital composto de gradações, como Warschauer (2006) explica no contexto de acesso às TIC, e não uma relação de oposição entre letrado e iletrado, podemos imaginar que, frente a atores heterogêneos da sociedade, deve ser mais simples alcançar consensos sobre certos níveis de letramento em detrimento de outros. Isso significa que um nível de letramento que expressa a capacidade dos indivíduos de atuarem no mercado de trabalho como usuários de *software* de escritório, por exemplo, pode receber mais facilmente *status* de direito, e, conseqüentemente, ter mais facilidade para entrar na agenda de formulação de políticas públicas, do que níveis que tornam o indivíduo capaz de por em questão os formatos fechados dos *software* proprietários, já que estes trazem o questionamento da própria ordem social estabelecida no universo das novas tecnologias.

Discussões como essa nos permitem perceber a necessidade de definir letramento digital em termos operacionais e a importância de identificar os níveis de letramento na sociedade para contribuir para a entrada do tema na pauta de cidadania atual e na agenda de políticas públicas. Obviamente, isso não ocorrerá sem conflitos, mas tenderá a ganhar maior concretude na medida em que sua discussão se ampliar para grande parte da sociedade.

6.3 Uma definição para operacionalizar o conceito de letramento digital

Com o intuito de contribuir para elevar o letramento digital de um conceito particular do campo da Educação, que discute algo ainda restrito a certos círculos de debate em torno da inclusão digital, a um tema mais amplo de discussão, propomos uma definição operacional para o conceito. Como desenvolvido em Rosa e Dias (2012), com base em pesquisa de dados primários e literatura, definimos letramento digital como “a condição que permite ao sujeito usufruir das tecnologias de informação e de comunicação para atender às necessidades do seu meio social e se desenvolver autonomamente na sociedade da informação” (ROSA; DIAS, 2012, p. 51). Tendo em vista a necessidade de avançarmos no campo prático, seja a partir de criação de currículo, seja para a produção de um indicador que meça seus avanços, indicamos a operacionalização desse conceito por meio da conjunção de duas dimensões complementares de habilidades funcionais que um indivíduo deve possuir: habilidades técnico-operacionais em TIC e habilidades informacionais em TIC.

Chamamos de **habilidades técnico-operacionais em TIC** os conhecimentos necessários para manuseio das tecnologias de informação e comunicação e de suas ferramentas para lograr alguma ação em ambiente digital. Para exemplificar, se a ação é comunicar-se com outra pessoa virtualmente, via computador, o letrado técnico-operacional em TIC deve saber ligar um equipamento, acessar um navegador de Internet, encontrar a barra apropriada para digitar um endereço, seja de uma rede social ou de um provedor de e-mail, acessar sua conta, digitar a mensagem no local apropriado e enviá-la. A execução bem sucedida dessas atividades denota um letramento técnico-operacional adequado aos dias atuais (ROSA; DIAS, 2012, p. 51).

Habilidades informacionais em TIC, por outro lado, implicam a capacidade de manusear e integrar informações de diferentes níveis e formatos no ambiente digital para que se transformem em informações úteis para responder a finalidades intencionais do indivíduo, além da capacidade de avaliar informações e situações a que está submetido no uso das TIC, e de compreender padrões de funcionamento que lhe permitam se desenvolver autonomamente neste ambiente. Mantendo o exemplo de comunicação entre pessoas, um letrado informacional em TIC deve saber fazer uso adequado da linguagem em relação ao meio, de maneira a se expressar dentro das normas esperadas na atividade executada, elaborando sua mensagem com diferentes elementos de linguagem, não apenas textual, se necessário, e com consciência da veracidade e segurança da informação e da situação (ROSA; DIAS, 2012, p. 51).

Todavia, um letrado digital não necessariamente alcançará um grau pleno nas duas dimensões. É possível encontrarmos perfis que possuam apenas algumas habilidades operacionais e maior desenvoltura nas habilidades informacionais, e vice-versa.

Em todos os casos, as habilidades descritas apenas fazem sentido em contexto, em situações que reproduzam problemas do dia a dia em diferentes espaços sociais. Dessa maneira, distanciam-se de habilidades como destreza e ficam mais próximas de habilidades para solução de problemas.

6.4 *Próximos passos*

Como expressão do reconhecimento do letramento digital como um direito social, que deve ser assegurado via política pública, entendemos ser preciso, primeiramente, o estabelecimento de quais habilidades e práticas sociais são necessárias para se considerar um sujeito como letrado digital. Tais requisitos devem apontar para cidadãos usuários das TIC e conscientes do papel e do poder que possuem na sociedade: “Hoje tudo é high tech, wi-fi, Internet, bluetooth, mil grau / Calor de proximidade digital, contato virtual / [...] / Resta nóiz saber se colocar / Saber usar os meios sem deixar os meio usar nóiz” (EMICIDA, 2010). Em Rosa e Dias (2012), desenvolvemos um protótipo de matriz de habilidades e competências em TIC tendo como meta criar um indicador de letramento digital no Brasil. Neste trabalho, foram contemplados, nas habilidades técnico-operacionais, os pilares *reconhecimento* e *uso* e, nas habilidades informacionais, os pilares *foto-visual*, *reprodução*, *ramificação*, *informação* e *interação social* com seus descritores,⁸ havendo espaço para ampliação diante da necessidade premente de estimular a apropriação integral das TIC pelos cidadãos.

Concomitantemente à definição das habilidades e práticas, deve-se dialogar e disseminar esse conteúdo na escola, com apropriação dos professores e educadores, sem diferenciação de disciplinas e com foco a partir dos primeiros anos de escolarização. É necessário romper com a dicotomia existente entre letramento escolar e letramento digital, e avançar na direção de uma perspectiva integradora, que envolva a interação de habilidades e conhecimentos.

Por fim, o desenvolvimento de uma metodologia pedagógica para compartilhar esse conhecimento é requerido, e o desafio não é pequeno tendo em vista que o interesse e o desejo de descoberta das novas gerações frente às ferramentas digitais não são compatíveis com qualquer abordagem tradicional de transmissão de conhecimento.

Reconhecemos o desafio de operacionalizar essa tarefa considerando a complexa relação entre sociedade, tecnologia e mercado. Como nos aponta Buzato, as tecnologias não são instrumentos neutros “cujos efeitos sociais são condicionados totalmente pelas maneiras como são usados, ou pelas intenções daqueles que os usam” (BUZATO, 2007, p. 39). Não podemos cair no discurso determinista de que existe uma forma correta de usar essas ferramentas ou um dado conhecimento e que, em razão desse uso, serão geradas melhorias nas condições de vida naturalmente. Esta seria uma “noção ingênua de tecnologia [...] que ignora o fato de que todas as tecnologias reificam visões de mundo e significados existentes nos contextos em que são criadas” (BUZATO, 2007, p. 40).

Nesse sentido, a defesa da inclusão digital sob o conceito de letramento digital requer um olhar crítico para não sermos seduzidos por uma concepção normativa de letramento, sem respeito às realidades individuais e locais, implicando numa relação de poder desigual entre quem define critérios e currículo e quem tem que responder a eles. É bastante elucidativo o que expõe o autor:

[...] uma abordagem da relação sociedade-tecnologia-cultura mais adequada à problemática da inclusão digital deve tomar como pressuposto que a tecnologia, a exemplo da linguagem, tanto influencia os contextos nos quais surge (ou é introduzida), como tem seu sentido, sua forma e sua função transformados no tempo e no espaço pela maneira como são praticadas em contextos heterogêneos.

(BUZATO, 2007, p. 41).

Definir o que os cidadãos precisam saber neste contexto é um assunto bastante espinhoso. Apesar disso, o pontapé inicial tem de ser dado, ou estaremos negligenciando o potencial das novas TIC para reduzir desigualdades e catalisar o desenvolvimento, e o importante papel distributivo do Estado. A qualificação do uso e o olhar para os sujeitos são essenciais, mas isso ainda está longe de significar consensos.

7 Considerações finais

Em vista da discussão aqui proposta, entende-se que no atual estágio de desenvolvimento das TIC não é suficiente discutir inclusão digital sem pressionar pela ampliação do significado atual de cidadania. Ao levar em conta os desafios que se colocam para o desenvolvimento social no tocante à relação sociedade-tecnologia-mercado, o letramento digital se destaca como a face essencial entre as múltiplas abordagens de inclusão digital existentes, com características que tendem a contribuir mais fortemente para a superação destes desafios e o alcance da emancipação dos indivíduos, principalmente quando comparadas às outras abordagens de acesso às TIC e de alfabetização digital.

Contudo, a elevação do letramento digital ao *status* de direito numa arena política, com atores heterogêneos e com interesses diversos, de certo requererá negociações em termos dos níveis de conhecimento que se desejará alcançar entre os indivíduos. Há evidências de que, no campo da luta pelos direitos, o conhecimento emancipatório defendido por ciberativistas não é o mesmo que o desejado por corporações que atuam para conquistar novos consumidores. As consequências desse embate não são previsíveis.

É preciso, de todo modo, ampliar essa discussão para além do campo dos especialistas, a fim de alcançar uma consciência disseminada sobre o potencial das novas tecnologias, impedindo que os cidadãos se posicionem passivamente, tal como historicamente ocorreu frente ao desenvolvimento das mídias tradicionais.

O letramento digital, pela grande importância que tem atualmente, é condição necessária para o fortalecimento da educação e do desenvolvimento na sociedade atual. É um erro continuar a ignorá-lo no âmbito das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ARTIGO 19. 2012. **Liberdade digital no Brasil**: análise de contexto: relatório do país. Ago. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3435/12-09-13-REPORT-brazil-PO.pdf>>. Último acesso em: 30 Abr. 2013.
- BARZILAI-NAHON, Karine. 2006. Gaps and bits: conceptualizing measurements for digital divide/s. **The Information Society**, n. 22, p. 269-278.
- BÉLAND, Daniel; HACKER, Jacob S. 2004. Ideas, private institutions and American welfare state 'exceptionalism': the case of health and old-age insurance, 1915-1965. **International Journal of Social Welfare**, n. 13, p. 42-54.
- BOBBIO, Norberto. 2004a. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier.
- _____. 2004b. Direito. [verbetes]. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem Varriale et al. 12. ed. Brasília: Editora UnB. v. 1, p. 349-353.
- BUZATO, Marcelo El Khouri. 2007. **Entre a fronteira e a periferia**: linguagem e letramento na inclusão digital. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Linguística Aplicada) – Instituto de Estudos da Linguagem, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.
- _____. 2009. Letramento e inclusão: do estado-nação à era das TIC. **DELTA**, [online], v. 25, n. 1, p. 1-38. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>.

- php?pid=S0102-44502009000100001&script=sci_arttext>. Último acesso em: Abr. 2013.
- CAPELLA, Ana Cláudia N. 2006. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Informações Bibliográficas em Ciências Sociais**, n. 61, p. 25-52, 1º semestre.
- CARVALHO, José Murilo de. 2012. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- CASTELLS, Manuel. 2005. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra. (A Era da Informação. Economia, Sociedade e Cultura, v. 1).
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). 1988. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” [online]. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Último acesso em: 30 Abr. 2013.
- _____. 2009. **Una Agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión**. [online]. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html>. Último acesso em: 30 Abr. 2013.
- COMMUNICATION RIGHTS IN THE INFORMATION SOCIETY (CRIS). [2012]. **Communication: an essential human need**. [online]. Disponível em: <<http://www.crisinfo.org/>>. Último acesso em: 30 Abr. 2013.
- DIMAGGIO, Paul; HARGITTAI, Eszter. 2001. **From the ‘Digital Divide’ to ‘Digital Inequality’**: studying Internet use as penetration increases. New Jersey: Center for Arts and Cultural Policy Studies, Princeton University. (Working Paper Series, 15).
- EMICIDA. 2010. **I love quebrada**. Mixtape Emicídio. São Paulo: Laboratório Fantasma.
- ESHET-ALKALAI, Yoram. 2008. Real-time thinking in the digital era. In: KHOSROW-POW, Mehdi (Ed.). **Encyclopedia of Information Science and Technology**. 2. ed. London: Idea Group. p. 3.219-3.223.
- FARIAS, Carlos Aurélio Pimenta de. 2003. Ideias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 18, n. 51, p. 21-29, fev. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15984.pdf>>. Último acesso em: 23 Maio 2013.
- KINGDON, John W. 2011. **Agendas, alternatives, and public policies**. 2nd ed. London: Pearson Education.
- KOWARICK, Lúcio. 2003. Sobre a vulnerabilidade socioeconômico e civil: Estados Unidos, França e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 18, p. 61-85, fev. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15986.pdf>>. Último acesso em: 23 Mar. 2013.
- LIVINGSTONE, Sonia. 2003. **The changing nature and uses of media literacy**. London: Media@lse; London School of Economics and Political Science. (Media@

- lse Electronic Working Papers, No. 4). Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/13476/1/The_changing_nature_and_uses_of_media_literacy.pdf>. Último acesso em: 23 Mar. 2013.
- MARSHALL, Thomas H. 1967. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar.
- MATTEUCCI, Nicola. 2004. Direitos humanos. [verbete]. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmem Varriale et al. 12. ed. Brasília: Editora UnB. v. 1, p. 353-361.
- MOLNÁR, Szilárd; KARVALICS, László Z. 2002. Two models and six types of the telecentres: a typological experiment. In: BIENNIAL DISSANET CONFERENCE, 2ND, 2002, Pretoria. **Proceedings...** Edited by T. Bothma, A. Kaniki. Pretoria, South Africa: Infuse. p. 327-332.
- MORI, Cristina Kiomi. 2011. **Políticas públicas para inclusão digital no Brasil: aspectos institucionais e efetividade em iniciativas federais de disseminação de telecentros no período 2000-2010**. 351 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília.
- NAÇÕES UNIDAS. 1948. Assembleia Geral. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Último acesso em: 30 Abr. 2013.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). 1969. **Convenção americana de direitos humanos**: Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Último acesso em 30 Abr. 2013.
- PERUZZO, Cicília M. Khroling. 2005. Internet e democracia comunicacional: entre os entraves, utopias e o direito à comunicação. In: MELO, José Marques de; SATHLER, Lucio (Eds.). **Direitos à comunicação na sociedade da informação**. São Bernardo do Campo, SP: Universidade Metodista de São Paulo. p. 267-288.
- ROSA, Fernanda Ribeiro; DIAS, Maria Carolina Nogueira. 2012. **Por um indicador de letramento digital: uma abordagem sobre competências e habilidades em TICs**. 106 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
- SCHOFIELD, Hugh. 2012. Minitel: the rise and fall of the France-wide web. BBC News [online], 27 Jun. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/magazine-18610692>>. Último acesso em: 23 Mar. 2013.
- SCHWARTZ, Gilson. 2006. Educar para a emancipação digital. In: **Reescrevendo a educação: propostas para um Brasil melhor**. São Paulo: Ática; Scipione; Fundação Victor Civita, p. 125-133. Disponível em: <<http://oei.es/pdfs/reescrevendo.pdf>>. Último acesso em: 23 Mar. 2013.
- SILVA, Helena et al. 2005. A inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania. Por Helena Silva, Othon Jambeiro, Jussara Lima e Marco Antônio Brandão **Ciência da Informação**, Brasília, v. 34, n. 1, p. 28-36, jan./abr. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v34n1/a04v34n1.pdf>>. Último acesso em: 23 Mar. 2013.

- SILVA, Maria Osanira da Silva e; YAZBEK, Maria Carmelita; DI GIOVANNI, Geraldo. 2004. **A política social brasileira no século XXI: a prevalência dos programas de transferência de renda**. São Paulo: Cortez.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu. 2008. A noção de exclusão digital diante das exigências de uma cibercidadania. In: HETKOWSKI, Tânia M. (Org.). **Políticas públicas e inclusão digital**. Salvador: EDUFBA. p. 20-41.
- _____. 2011. Para além da inclusão digital: poder comunicacional e novas assimetrias. In: BONILLA, Maria Helena Silveira; PRETTO, Nelson De Luca (Orgs.). **Inclusão digital: polêmica contemporânea**. Salvador: EDUFBA. p. 49-59.
- _____. 2012. Formatos abertos. In: SANTANA, Bianca; ROSSINI, Carolina; Nelson De Luca (Orgs.). **Recursos educacionais abertos: práticas colaborativas políticas públicas**. Salvador: EDUFBA; São Paulo: Casa da Cultura Digital. p. 109-120.
- SOARES, Magda. 2004. Letramento e alfabetização: as muitas facetas. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 25, p. 5-17, jan./abr. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n25/n25a01.pdf>>. Último acesso em: 23 Mar. 2013.
- SPENILLO, Giuseppa Maria Daniel. 2008. Direito à comunicação: uma formulação contemporânea de exigências de mudanças nas estruturas coletivas de comunicação e informação. Contribuições para uma análise sociogenesiológica e configuracional da articulação CRIS Brasil. 2008. 271f. Tese (Doutorado em Ciências em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica, RJ, 2008. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=438&Itemid=99999999>. Último acesso em: 23 Mar. 2013.
- TAKAHASHI, Tadao (Org.). 2000. **Sociedade da Informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia.
- WARSCHAUER, Mark. 2006. **Tecnologia e inclusão social: a exclusão digital em debate**. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Senac.

NOTAS

1. Para detalhes, acessar Dados do mundo em <<http://www.ibge.gov.br/paisesat/>>. Último acesso em: 30 de Abr. 2013.

2. Para mais detalhes, acessar <<http://ctcnet.org/>> e <<http://www.inclusaodigital.gov.br/telecentros>>. Último acesso em: 30 de Abr. 2013.

3. Referimo-nos aqui às definições clássicas de Marshall (1967). O autor considera a cidadania uma composição de três partes: direitos civis, políticos e sociais. O direito civil agrega os direitos necessários à liberdade individual, como a liberdade de ir e vir, a liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e o direito à justiça. Já o direito político é composto pelo direito de participar no exercício do poder político, seja como membro de um organismo político ou como um eleitor. Por fim, o direito social concatena desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança até o direito de participar plenamente no meio social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade (MARSHALL, 1967, p. 63-64).

4. Mais informações encontram-se disponíveis em: <<http://www.crisinfo.org/>>. Último acesso em: 17 Mar. 2013.

5. Para Marshall, na medida em que a consciência social de classe se desenvolve, os traços mais

desagradáveis da desigualdade se transformam em incômodo para a sociedade. Busca-se, com os direitos sociais, dar mais condições aos que estão mais abaixo na pirâmide sem, no entanto, alterar a sua estrutura. Os direitos sociais significam, assim, o direito à igualdade de oportunidade, “o direito igual de ser reconhecido como desigual” (MARSHALL, 1967, p. 101).

6. Esse fato não retira a importância da luta por liberdade de expressão como direito civil, que continua a ser complexa. A organização Artigo 19 (2012) (www.artigo19.org) relata casos de reclusão, atentado à vida, entre outras situações de violência que cidadãos têm sofrido por tentarem se expressar livremente na rede.

7. Software proprietários são programas produzidos por empresas que mantêm, sob sua propriedade, o código-fonte dos mesmos e cobram pelo seu uso, normalmente através da compra de um pacote e de licenças. Software livres, por outro lado, possuem código-fonte aberto e construção colaborativa, envolvendo normalmente comunidades de desenvolvedores.

8. Os pilares das habilidades informacionais beneficiaram-se amplamente do modelo composto de Letramento Digital proposto por Eshet-Alkalai (2008).

ABSTRACT

The main objective of this study is to examine digital inclusion as a field of State activity and public policies. We first examine some of the meanings attributed to digital inclusion and the public policy dilemmas that arise from them. We do this by referring to the discussions present in human rights literature, understanding the right to communication as one aspect of the issue. We subsequently defend the importance of approaching digital inclusion as a social right through the establishment of a dialogue with the field of education. We then present the concept of digital literacy, which looks far beyond access to ICTs, requiring that the social skills and practices necessary for society's current technological juncture be defined in order for them to become the focus of new public policies. Finally, we defend that the digital literacy approach stands out as the most essential among multiple approaches to digital inclusion, as its features tend to make a stronger contribution both towards overcoming obstacles to social development and towards attaining the emancipation of individuals.

KEYWORDS

Digital inclusion – ICT – Human rights – Public policies – Digital literacy

RESUMEN

El objetivo de este estudio es abordar el área de la inclusión digital como un campo de acción perteneciente al Estado y a las políticas públicas, inmersa en una pluralidad de concepciones y en un espacio de disputa por sus significados. Para ello, examinamos algunos sentidos dados a la inclusión digital y los dilemas que surgen a partir de ellos para la formulación de políticas públicas, utilizando como referencia las discusiones presentes en la bibliografía de derechos humanos y la comprensión del derecho a la comunicación como una de las vertientes de esa temática. Se defiende la importancia de abordar la inclusión digital como un derecho social, a partir del diálogo con la Educación y con el concepto de literacidad digital, lo que implica una mirada que va más allá del acceso a las TIC y presupone la definición de las habilidades y prácticas sociales necesarias en la actual etapa informática de la sociedad, para que se conviertan en el eje de nuevas políticas públicas.

PALABRAS CLAVES

Inclusión digital – TIC – Derechos humanos – Políticas públicas – Literacidad digital



LAURA PAUTASSI

Laura Pautassi é pesquisadora independente do Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Técnicas (CONICET), do Instituto de Pesquisas Jurídicas e Sociais Ambrosio Gioja, Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Argentina. Especialista independente do Grupo de Trabalho para analisar os relatórios periódicos dos Estados Partes do Protocolo de San Salvador (OEA). Diretora do projeto interdisciplinar UBACYT "Direitos

sociais, provisão de bem-estar, e marginalidades sociais na Argentina", Grupo de Trabalho Interdisciplinar Direitos Sociais e Políticas Públicas (<http://www.dspp.com.ar/>)

Email: laura.pautassi@gmail.com

RESUMO

O artigo analisa de que maneira a produção e o acesso à informação se enquadram no processo de elaboração e utilização de indicadores em matéria de direitos humanos, particularmente em sua integração ao recente mecanismo criado no sistema interamericano de direitos humanos, correspondente às obrigações dos Estados Partes de prestar informações, por exigência do artigo 19 do Protocolo de San Salvador. Desse modo, o artigo analisa os indicadores adotados, as categorias e princípios transversais que complementam o sistema de indicadores, e como funciona nesse contexto o padrão de produção e acesso à informação. Por último, levando em conta os princípios de interdependência, universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, identificam-se aspectos necessários para fortalecer e conseguir uma institucionalidade robusta em direitos econômicos, sociais e culturais (DESC).

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Maia.

Recebido em março de 2013. Aprovado em maio de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à informação – Indicadores – Direitos econômicos, sociais e culturais



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

MONITORAMENTO DO ACESSO À INFORMAÇÃO A PARTIR DOS INDICADORES DE DIREITOS HUMANOS

Laura Pautassi

1 Introdução

A primeira década do novo século foi pródiga em avanços no que diz respeito aos instrumentos que permitam constatar o grau de efetivação dos direitos humanos pelos Estados. Embora haja consenso em considerar que a “plena realização de um direito humano” existe na medida em que se encontrem disponíveis os mecanismos efetivos, sejam administrativos, judiciais ou quase judiciais para que cada pessoa possa exigir o respeito, a proteção e efetividade de um direito, seja um direito civil e político (DCP) ou um direito econômico, social e cultural (DESC), o que se discute é como medir a sua efetivação ou o eventual retrocesso.

Desse modo, a plena realização dos direitos vincula-se, então, ao cumprimento de obrigações negativas e positivas por parte dos Estados, em que a determinação das segundas causa um ponto de tensão, especialmente em relação à decisão sobre qual será o parâmetro para determinar o alcance do cumprimento das obrigações a fim de se chegar ao estágio de plena realização. Por sua vez, a definição de padrões de interpretação do alcance de cada direito, a partir dos quais se poderão determinar os níveis de cumprimento dessas obrigações, permite a elaboração de indicadores de medição do desempenho das ações estatais.

Os padrões, por serem declarações fundamentais sobre o resultado desejado – a partir do processo de interpretação que se faz de um tratado de direitos humanos ou da constituição de um país –, não são concebidos para serem verificados diretamente (ABRAMOVICH, 2007). A definição de cada padrão inclui as condições necessárias para aplicar as obrigações contidas no direito, para o qual a utilização de indicadores é uma ferramenta indispensável, já que reflete empiricamente o estado de cumprimento dessas obrigações. Em outros termos, os indicadores de direitos humanos constituem um instrumento de medição – de

Ver as notas deste texto a partir da página 75.

tipo quantitativo e também qualitativo – que reflete os esforços realizados pelo Estado para satisfazer os direitos humanos.

O aporte conceitual e metodológico, que implica definir indicadores em termos de direitos humanos, parte da identificação de dimensões dos diferentes direitos que se traduzem, por sua vez, em categorias e variáveis possíveis de serem observadas. Não obstante, por tratar-se de direitos humanos, apresentam-se certas complexidades, as quais são mais visíveis nos DESC, uma vez que incluem obrigações de ação com metas e resultados a alcançar. Essa particularidade os diferencia dos indicadores sociais, já que estes identificam – e quantificam – um fenômeno em si mesmo e em relação a ele estabelecem escalas, comportamentos, índices e variáveis, com algumas inter-relações entre as áreas que abrangem (educação, saúde, trabalho, bem-estar), enquanto os indicadores de direitos humanos partem conceitualmente dos princípios de interdependência, indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos¹ e, por isso, não somente quantificam, mas também qualificam a conduta dos Estados, e estabelecem inter-relações nos avanços da satisfação dos DESC em relação aos direitos civis e políticos. A característica comum dos três tipos de direitos é a integralidade, que abrange a responsabilidade estatal nos três poderes do Estado: executivo, legislativo e judiciário. Essa diferença entre indicadores socioeconômicos e indicadores de direitos humanos aplica-se também aos instrumentos de medição: os primeiros medem o grau de desenvolvimento alcançado; os segundos medem se houve efetivamente progresso.

À luz das obrigações que os Estados contraíram em termos de DESC, não apenas no que diz respeito ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu Protocolo Facultativo, mas também em relação ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ou “Protocolo de San Salvador” (PSS), bem como a outros instrumentos de direitos humanos, torna-se necessário dispor de formas de avaliar a conduta estatal. A rigor, a definição e utilização de indicadores não é somente uma ferramenta útil, mas constitui uma obrigação ineludível quando se busca obter supervisão e monitoramento adequados do cumprimento das obrigações estabelecidas nos instrumentos ratificados pelos Estados.

Essas considerações, feitas a título de introdução, vinculam-se a uma condição fundamental para a utilização de indicadores como metodologia para a supervisão da efetivação de direitos humanos, que é precisamente a produção de informação. E, por sua vez, essa disponibilidade da informação, que inclui o padrão de produção e difusão da informação pública, requer esforços dos Estados para gerar as fontes que permitirão construir os indicadores, já que estas fazem parte da obrigação do Estado de prestar informações, tanto por exigência de seus cidadãos e cidadãs como perante os órgãos internacionais competentes para avaliar relatórios periódicos. Ou seja, trata-se de uma obrigação positiva do Estado, que será analisada como uma categoria transversal de efetivação de direitos. No entanto, embora se reconheçam avanços importantíssimos no desenvolvimento de sistemas estatísticos e de outras fontes de informação públicas, o déficit ainda é significativo na maioria dos países da América Latina.

Tal como se apresentam ao longo deste artigo, a produção e o acesso à informação se enquadram de maneira mais geral no processo de elaboração e utilização de indicadores de direitos humanos. Além disso, essa obrigação foi incluída em um recente mecanismo criado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), correspondente às obrigações dos Estados de apresentar relatórios, por exigência do artigo 19 do Protocolo de San Salvador, sobre as medidas adotadas para assegurar o respeito aos DESC. Refiro-me aos indicadores relativos à medição do cumprimento das obrigações previstas nesse instrumento, e que foram aprovados como forma de avaliar o grau de efetivação de um primeiro conjunto de direitos (direito à saúde, à previdência social e à educação) (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

Tendo em vista a importância do Protocolo de San Salvador, uma vez que se trata do principal instrumento de direitos sociais no Sistema Interamericano, analisamos a seguir o tipo de definição de indicadores adotado para medir os direitos contemplados, as categorias e os princípios transversais incorporados a esse sistema de indicadores, que é a forma de monitoramento do cumprimento das obrigações estatais. É nesse contexto que o padrão de produção e acesso à informação ocupa um lugar central, que será analisado e destacado ao longo do artigo, para finalmente serem sugeridas algumas linhas de ação no que se refere às garantias do direito de acesso à informação pública.

2 Os DESC e as chaves para sua medição

A definição de indicadores em direitos humanos, especialmente no que tange aos DESC, fundamenta-se – e se justifica – em diversas razões, tanto de caráter conceitual como empírico. Em primeiro lugar, expressa-se a necessidade da comprovação da ação estatal, necessidade esta diretamente vinculada à própria definição dos DESC, seja no texto do PIDESC com as interpretações adotadas pelo órgão internacional de monitoramento, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC),² seja no Protocolo de San Salvador, com seu órgão de monitoramento regional que é o Grupo de Trabalho para a análise dos relatórios nacionais previstos no PSS (GT).

Assim, em ambos os casos está estabelecido que os Estados se comprometem a adotar as medidas necessárias para dar efetividade ao conteúdo dos direitos “até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos [...]” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, art. 1³)PIDESC. Ou seja, estabelece-se a necessidade de medição, de acordo com a premissa ineludível de que a satisfação dos DESC se alcança somente no longo prazo, já que para poder medir a obrigação de progressividade e a proibição de não regressividade é necessário medir o alcance do direito (por exemplo, a cobertura do setor educação), mas em comparação com níveis anteriores e posteriores de cobertura e com os resultados (seguindo com o exemplo, a porcentagem de escolarização e de finalização da educação primária desagregada por sexo, etnia e zona geográfica; a taxa de analfabetismo

da população com mais de 15 anos de idade, por sexo, etnia, grupos de idade, área geográfica).

Desse modo, os indicadores definidos devem estar aptos a captar esse processo dinâmico, o que pressupõe dispor de elementos que permitam medir se houve eventualmente um avanço ou um retrocesso em relação a uma dada situação ou exercício de direitos.

O Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999,⁴ incorporou uma lista de DESC à estrutura regional de direitos humanos, ao mesmo tempo em que habilitou dois mecanismos de supervisão de cumprimento: estabeleceu um sistema de petições individuais para supostas violações dos direitos de liberdade sindical (artigo 8.1) e à educação (artigo 13); e criou um segundo mecanismo, que consiste em um sistema de relatórios periódicos, a cargo dos Estados, a respeito das medidas progressivas que tenham adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no Protocolo (artigo 19 PSS).

Porém, o lento processo desde a aprovação até a entrada em vigor do Protocolo não conseguiu dar-lhe o impulso necessário para que pudesse iniciar o monitoramento correspondente, já que somente em 2005 a Assembleia Geral da OEA aprovou as “Normas para a confecção dos relatórios periódicos previstos no Protocolo de San Salvador” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2005). Tais normas fixaram, como ferramenta para a verificação do cumprimento das obrigações contidas no PSS, a apresentação de relatórios de cada Estado Parte que incluíssem um sistema de indicadores de progresso. No entanto, a Assembleia Geral determinou que o início do mecanismo de relatórios só se daria após a discussão e o acordo sobre a composição do Grupo de Trabalho (doravante GT) para analisar os respectivos relatórios periódicos, estabelecendo também como condição que fossem aprovados, por esse mesmo órgão, os indicadores de progresso a serem informados pelos Estados Partes. Consequentemente e para tal fim, a Assembleia outorgou mandato à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para que propusesse indicadores destinados a avaliar os relatórios dos Estados.

Em 2007, a CIDH apresentou o documento “Diretrizes para a elaboração de indicadores de progresso em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS, 2008), cuja proposta, inovadora em relação a outros mecanismos de supervisão internacional que adotam indicadores (NACIONES UNIDAS, 2008 e 2006), conjuga indicadores de progresso e sinais qualitativos de progresso, com categorias transversais a todos os direitos, e os aplica a dois direitos: previdência social e saúde. Ao mesmo tempo, partindo de um enfoque de direitos humanos, estabelece uma ponte entre os compromissos adotados pelos Estados nos instrumentos de direitos humanos e as políticas públicas internas. Essa abordagem teve uma boa recepção por parte de distintos atores do campo dos direitos humanos, setores acadêmicos e organismos especializados e se constituiu no principal antecedente regional de indicadores de progresso.⁵

Em paralelo, a integração do Grupo completou-se com a designação de seus membros titulares e, em maio de 2010, a Assembleia Geral o considerou

operacional e o encarregou da elaboração de uma nova proposta de indicadores de progresso, com base nas Normas (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2005) e no documento da CIDH (2008). A primeira opção do GT foi dividir em dois conjuntos os diferentes direitos incluídos no Protocolo: i) um primeiro conjunto inclui os direitos à saúde (artigo 10 do PSS), à previdência social (artigo 9) e à educação (artigo 13), para os quais se definiram indicadores desenvolvidos em um documento inicial, reservando para um momento posterior um segundo conjunto integrado pelo direito ao trabalho e pelos direitos sindicais (artigos 6, 7 e 8), além dos direitos à alimentação adequada (artigo 12, PSS), ao meio ambiente sadio (artigo 11) e aos benefícios da cultura (artigo 14).⁶ O GT estabeleceu também que cada conjunto e cada direito em particular devem levar em conta o enfoque de equidade de gênero, as especificidades dos direitos das crianças e dos adolescentes, das pessoas idosas, das pessoas com deficiências, a diversidade étnica e cultural e a incidência da sociedade civil na formulação de propostas legislativas e de políticas públicas que correspondam aos demais direitos estabelecidos no Protocolo (artigos 15 a 18). Desse modo, o GT oferece aos Estados um processo paulatino de definição de indicadores, mas abrangente quanto à totalidade das obrigações contidas no instrumento, possibilitando o diálogo e a participação dos diversos atores estatais, sociais e organizacionais, bem como dos cidadãos em geral.

O grupo elaborou um documento inicial e o abriu para um período de consulta – que se estendeu por aproximadamente seis meses – a fim de que os Estados, a sociedade civil, os diversos organismos especializados das Nações Unidas, as universidades, as organizações sociais, sindicais, de mulheres, dos povos indígenas, afrodescendentes, acadêmicos e demais interessados pudessem enviar seus comentários. Após receber um número significativo de comentários e adesões, o GT incorporou grande parte das sugestões e contribuições e elaborou o documento final: “Indicadores de progresso para medição de direitos contemplados no Protocolo de San Salvador” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011) que foi remetido à Assembleia Geral, em dezembro de 2011, para a aprovação definitiva. A resolução aprobatória do documento foi apresentada pela Argentina, com o copatrocinio da República do Peru, e levada para aprovação definitiva na Assembleia Geral da OEA, em seu XLII período de sessões ordinárias, realizado em Cochabamba, Bolívia, em junho de 2012 (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012). Ali os Estados da região adotaram o documento e se comprometeram a apresentar o primeiro relatório de país em junho de 2014.

Cabe destacar a importância transcendental da aprovação, pela totalidade dos Estados, do sistema de indicadores de progresso e da operacionalidade dada ao artigo 19 do Protocolo. Inaugurou-se assim um novo mecanismo com importantes potencialidades, tanto para os Estados como para a sociedade civil, que de comum acordo podem avançar na medição do progresso da efetivação dos DESC no Sistema Interamericano. Esse mecanismo, porém, não se detém na medição, mas interpela e motiva uma revisão das formas de implementação de políticas públicas em todos os âmbitos de produção estatal. Como analisamos

a seguir, o acesso à informação é uma categoria central desse mecanismo, como forma de promover o bom desempenho do sistema de monitoramento, bem como da prestação de contas (*accountability*).

Por outro lado, estamos diante de um campo em construção, pois, como vimos, embora existam valiosos antecedentes de sistemas de indicadores que estão se consolidando no sistema universal de direitos humanos, na União Europeia (HOHNERLEIN, 2010), e no âmbito interamericano, o desafio consiste em fortalecer esses sistemas de medição, dotá-los de precisão e incorporar novos instrumentos para medir a efetivação dos direitos.

Ao mesmo tempo, estabelece-se que os relatórios devem ser elaborados com base em um diálogo participativo com os diversos atores da sociedade civil (regra de participação) e de maneira complementar, de modo a não reiterar os relatórios elaborados para outros mecanismos de proteção de direitos humanos (regra de complementariedade). Por sua vez, as informações sobre os indicadores, os direitos e os relatórios devem ser de acesso público amplo, presumindo-se a divulgação das informações sobre os direitos (regra de publicidade), e com informações pertinentes e concretas, de modo a evitar generalizações e a confusão com indicadores de progresso ou desenvolvimento econômico. Essas regras se reforçam sob a premissa do respeito à liberdade dos Estados de escolher soberanamente os meios e as políticas para cumprir as obrigações contidas no Pacto (margem de apreciação).

3 Indicadores e sinais qualitativos de progresso: novas chaves de interpretação

Um primeiro aspecto a destacar é que a medição da efetivação de direitos implica um *processo*, que se inicia no momento em que os Estados elaboram as metas e objetivos de desenvolvimento e efetivação dos DESC a que se obrigaram, tanto em nível constitucional como no nível do Protocolo, de maneira conjunta e participativa com os destinatários dos direitos sociais (PAUTASSI, 2010). Esse processo é reivindicado permanentemente pelas organizações da sociedade civil, em especial organismos de direitos humanos e diversas organizações especializadas em direitos sociais,⁷ os quais reclamam canais e mecanismos participativos, solicitando metodologias para poder efetuar o controle cidadão da atuação dos Estados (CECCHINI, 2010). Em outros casos, a fixação de indicadores ocorre em consequência de uma sentença judicial, como a ditada pela Corte Constitucional da Colômbia que, ao comprovar que o governo não havia proporcionado recursos suficientes, nem gerado políticas públicas apropriadas para defender os direitos das pessoas submetidas a deslocamento forçado, ordenou que fossem apresentadas informações detalhadas sobre as políticas desenvolvidas para esse grupo em condições de vulnerabilidade, inclusive os direitos à alimentação, à saúde, à educação, à liberdade e à segurança (UPRIMNY; SANCHEZ, 2010). A Corte solicitou que fossem definidos indicadores comparáveis que, além de permitir verificar o grau de efetivação, servissem para garantir uma cultura de prestação de contas.

A rigor, os indicadores constituem um meio útil para articular e dar curso às demandas e reclamações perante aqueles que devem garantir os direitos, mas, ao mesmo tempo, servem para formular políticas e programas públicos que permitam a realização efetiva dos direitos humanos (NACIONES UNIDAS, 2012). Nesse sentido, o objetivo dos indicadores é precisamente fortalecer processos no interior dos Estados que levem a superar a ideia de mero relatório de atuação, e se convertam em uma metodologia útil para a elaboração e a avaliação permanente das políticas públicas, buscando assegurar a efetivação do conjunto dos DESC. O sistema recentemente desenvolvido no SIDH não promove a comparação entre os Estados, nem aspira a estabelecer uma classificação, mas avalia cada processo nacional em si mesmo.

Portanto, o desafio e, ao mesmo tempo, a potencialidade do sistema de indicadores está em que ele não representa uma mera formalidade em torno do cumprimento de compromissos internacionais, mas é uma ferramenta de enorme utilidade para a implementação de um enfoque de direitos humanos, que já existe na região – ao menos retoricamente – tanto nas políticas públicas internas como também no cumprimento efetivo dos direitos sociais (ABRAMOVICH, 2006). É necessário ainda que os Estados apresentem certas garantias de que iniciarão um diálogo político com as organizações da sociedade civil dentro desse processo. Ou seja, que apresentem quais são os canais que vão adotar e; a partir daí, quais os indicadores que dão conta do início desse diálogo e de seu consequente desenvolvimento. Do mesmo modo, é preciso que cada Estado ratificante do Protocolo informe como dará ampla divulgação ao procedimento de definição e cálculo de indicadores.

Os indicadores são parâmetros ou unidades de medida de tipo quantitativo que se podem obter e verificar em relação a um critério; neste caso, o critério é definido em relação ao que foi definido no Protocolo de San Salvador. Diferentemente daqueles usados nas Ciências Sociais, os indicadores de direitos humanos são medidas possíveis para avaliar e quantificar o grau de cumprimento das obrigações definidas pelas normas e pelos padrões que surgem da interpretação autorizada dessas normas (ABRAMOVICH, 2007). Os indicadores de direitos respondem precisamente ao conteúdo normativo dos mesmos e às obrigações correlativas dos Estados, que derivam das normas do direito internacional dos direitos humanos.

Por sua vez, os órgãos de interpretação autorizados dos Pactos – neste caso, o Grupo de Trabalho do PSS – definem os indicadores a partir da interpretação das obrigações contidas no Protocolo. Mas não exclusivamente, pois também se baseiam em padrões que já foram fixados por outros órgãos, como o Comitê do PIDESC, na medida em que constituem uma referência ineludível no caminho da interpretação – e precisão – do alcance das obrigações contidas em cada um dos DESC.

A oportunidade e o desafio consistem justamente no modo como o *corpus* de direitos humanos permite construir unidades de medida – quantitativas e qualitativas – que sejam adequadas para avaliar a satisfação dos direitos sociais. A conhecida tentativa é recorrer aos indicadores de desenvolvimento socioeconômico

existentes, muito úteis para medir o contexto de desenvolvimento do Estado, mas que não chegam a medir o comprimento de direitos. Ao mesmo tempo, muitos dos países da região apresentam importantes déficits na produção de informação estatística, tanto em termos de infraestrutura e dotação de pessoal técnico capacitado como em conhecimento de direitos humanos, o que, entre outros problemas, impede a disponibilização de informações para medir um conjunto amplo de obrigações estatais, acrescentando assim uma complexidade adicional a um sistema já em si mesmo complexo.

Por isso, o Estado deve ter uma decisão firme sobre a importância de promover um processo de incorporação do enfoque de direitos humanos à produção de informação estatística, como também de informação qualitativa e de qualquer outra informação reconhecida pelos mecanismos de validação estabelecidos. Essa é a maneira como os indicadores podem operacionalizar o conteúdo dos DESC. Evidentemente, não existe uma única fórmula simples para refletir essas normas e princípios transversais de maneira explícita na seleção de indicadores (NACIONES UNIDAS, 2012).

A seguir, analisamos de maneira esquemática os indicadores e sinais de progresso propostos pelo GT do PSS para medir a efetivação progressiva dos direitos à saúde, à previdência social e à educação.

3.1 Indicadores de progresso: para além da progressividade

Para cada direito estabelecido, em cada um dos conjuntos nos quais foram divididos os direitos contemplados no Protocolo, o GT propõe aos Estados que ordenem a informação requerida com base em um modelo composto por indicadores quantitativos, estabelecido em função de três tipos de indicadores: *estruturais, de processo e de resultados*, aos quais se acrescentam os sinais qualitativos de progresso.⁸ Estes últimos são parâmetros ou unidades de medida de tipo qualitativo que se podem obter e verificar em relação a um critério. A característica que os distingue é que captam a definição que o próprio ator social elabora sobre a situação, bem como o significado que ele dá ao fenômeno avaliado. Os sinais de progresso, portanto, são fundamentais para que se possa interpretar os fatos. Seu propósito é exatamente refletir o avanço em direção ao objetivo desejado, e realizar um acompanhamento dos sucessos que contribuem para alcançar esse objetivo (EARL; CARDEN; SMUTYLO, 2002), sem se esgotar em uma categoria preestabelecida, tampouco em uma escala de medição já dada (estatística). Além disso, permitem a participação dos destinatários das políticas estatais e sujeitos portadores de direitos, incorporando uma nova forma de garantia de participação cidadã. Da conjunção de ambos – indicadores e sinais de progresso – será possível estabelecer o grau de efetivação de cada direito.

Os indicadores *estruturais* identificam as medidas de que dispõe o Estado para implementar os direitos do Protocolo, isto é, destacam informações para avaliar como se organiza o aparato institucional e o sistema legal do Estado para cumprir as obrigações do Protocolo. Também consideram se existem ou se foram

adotadas medidas, normas jurídicas, programas ou políticas, ou se foram criadas agências públicas destinadas a implementar esses direitos.

Os indicadores *de processo* buscam medir a qualidade e a magnitude dos esforços do Estado para implementar os direitos, através da medição da cobertura e do conteúdo das estratégias, programas ou políticas específicas encaminhadas para alcançar as metas que correspondem à realização de um determinado direito. Esses indicadores ajudam a vigiar diretamente a aplicação das políticas públicas e, em muitos casos, podem oferecer informações sobre a variação nos níveis de qualidade ou cobertura de programas sociais em um determinado período de tempo e traduzi-los em cifras ou porcentagens, tendo-se assim um componente mais dinâmico e evolutivo que o indicador estrutural.

Por fim, os indicadores *de resultado* buscam medir o impacto efetivo das estratégias e intervenções do Estado e constituem um indício de como essas ações públicas influem sobre aqueles aspectos que definem o grau de efetividade de um direito previsto no Protocolo e proporcionam uma medida quantitativamente comprovável e comparável da atuação do Estado no campo da realização progressiva dos direitos.

Ao mesmo tempo, o GT (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011) propõe organizar os indicadores conforme três categorias conceituais:

- a. **recepção do direito:** no sistema jurídico e nas garantias estabelecidas nos Estados;
- b. **contexto financeiro e compromisso orçamentário:** que alude à disponibilidade efetiva de recursos do Estado para executar o gasto público social, e à maneira como este é distribuído;
- c. **capacidades estatais ou institucionais:** que descrevem os aspectos técnicos instrumentais e de distribuição de recursos no interior do aparato estatal (capacidades administrativas, técnicas, políticas e institucionais). Ou seja, implica analisar quais os parâmetros que o Estado utiliza, através de seus diversos poderes – locais e regionais – para resolver o conjunto de questões socialmente problematizadas. Adotar as capacidades estatais como categoria significa analisar as regras do jogo no interior do aparato estatal, as relações interinstitucionais, os compromissos financeiros, a divisão de tarefas e os recursos humanos que devem executar as tarefas definidas. A efetivação dos direitos sociais depende, entre outros aspectos, da capacidade dos organismos institucionais (judiciário, ministério público, agências administrativas, do poder executivo e órgãos legislativos) para prover bens, serviços e regulamentações necessária. Essa categoria é fundamental, na medida em que só se consegue realizar direitos a partir da ação conjunta da rede institucional estatal, para a qual as distintas agências públicas dão sua contribuição para alcançar o resultado esperado (ALONSO, 2007).

Por sua vez, essas categorias se complementam com eixos transversais de questões comuns a todos os direitos incluídos no Protocolo, que buscam identificar se

estão dadas as condições para o acesso efetivo aos direitos sociais em cada um dos Estados através do livre jogo das instituições e dos processos democráticos e deliberativos. Um eixo transversal também pode ser abordado como um “direito de procedimento”, que se vincula à realização de determinado “direito substantivo” e se define em relação a ele (NACIONES UNIDAS, 2012). Por exemplo: a efetivação do acesso à informação, no contexto do direito à saúde, como direito substantivo, pode ser medida utilizando-se um indicador como “porcentagem de unidades de saúde com protocolos de confidencialidade de informação sobre sua saúde” (indicador de processo); em termos de direito à educação, um indicador transversal em relação ao acesso à informação seria: “mecanismos estabelecidos para a difusão e acesso às bases de dados e estatísticas educacionais” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

Os eixos transversais, definidos para os relatórios nacionais de cumprimento das obrigações do Protocolo de San Salvador, são três:

- i. **Igualdade e não discriminação:** constitui uma obrigação de “efeito imediato”, derivada dos DESC, pela qual os Estados estão obrigados a garantir que todas as ações serão exercidas em condições de igualdade e sem discriminação e que, além disso, farão todo o possível para impedir as diferenças de tratamento baseadas em fatores expressamente proibidos no PSS.
- ii. **Acesso à justiça:** entendido em um sentido amplo, que inclui o exame sobre a possibilidade legal e factual de acesso aos mecanismos de reclamação e proteção de tipo administrativo e judicial. Implica verificar se o Estado proveu os meios e mecanismos suficientes e adequados para que as pessoas possam interpor queixas, denúncias, reclamações administrativas; a interposição de demandas judiciais deve, ao mesmo tempo, garantir que se providenciem os meios para o prosseguimento do processo até a execução e implementação da sentença.
- iii. **Acesso à informação e participação política:** entendida como ferramenta fundamental para a participação cidadã e a proteção democrática, bem como para as instâncias de prestação de contas (a responsabilidade horizontal e vertical ou *accountability*) nas políticas públicas que implementam direitos consagrados no Protocolo. Trata-se da obrigação estatal de produzir, conforme critérios validados internacionalmente, informação de qualidade e em quantidade suficiente, e de garantir a divulgação e o acesso livre a toda pessoa que o requeira.

Essas categorias e questões transversais serão incorporadas a uma matriz ou conjunto de tabelas que incluem indicadores de progresso específicos a cada direito, e que foram elaborados pelo GT do PSS. De acordo com a resolução da Assembleia Geral da OEA, que aprovou o instrumento de indicadores do primeiro conjunto de direitos, os indicadores são aprovados “[...] no entendimento de que se trata de diretrizes e critérios para os Estados Partes, que estarão aptos a adequá-los às fontes de informação à sua disposição, a fim de cumprir o disposto no

Protocolo” (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2012, consid. 2).

Do mesmo modo, estabeleceu-se que os Estados apresentarão o primeiro relatório “no prazo de dois anos a partir da aprovação desta resolução”, ou seja, até junho de 2014. Noventa dias após receber o relatório do Estado Parte, o GT lhe enviará suas observações e recomendações (conclusões preliminares). Depois de recebê-las, o respectivo Estado poderá fazer comentários às conclusões preliminares e será fixada posteriormente a data para a sessão pública pelo representante do Estado e pelos especialistas do GT. A sociedade civil e os organismos especializados poderão enviar informações ao GT e participar das sessões públicas que o grupo venha a convocar. Posteriormente, e dentro de 90 dias subsequentes à sessão com o Estado Parte, o GT enviará as conclusões finais. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

Até aqui, temos o que foi definido no Documento de Indicadores do GT. Mas para dar início ao processo descrito neste artigo, é necessário começar de imediato a fortalecer a capacidade dos Estados de produzir informações e difundi-las.

4 A transversalidade do acesso à informação

Tal como destacamos, uma das características virtuosas da definição de um sistema de indicadores no SIDH é a inter-relação prevista entre os instrumentos de medição de efetivação dos direitos humanos e de políticas públicas estatais. A definição de categorias institucionais procura precisamente esclarecer os possíveis nós críticos que possam eventualmente impedir o avanço na implementação dos DESC, o que faz com que se olhe não somente para a vontade política dos governos, mas se examine também se existem condições efetivas para a implementação de um plano de desenvolvimento respeitoso do conjunto de direitos humanos.

A todo momento, busca-se estabelecer conexões entre os padrões definidos no Protocolo, mas também em outros instrumentos de direitos humanos, e as relações interinstitucionais existentes no interior do Estado, a capacidade financeira e os compromissos orçamentários efetivos, bem como a disponibilidade de recursos humanos para levar adiante o processo de incorporação do enfoque de direitos que permita a satisfação de cada direito social incluído no Protocolo. Por exemplo: um indicador estrutural de capacidade estatal é a existência de medidas e ações, nas políticas sociais, para erradicar o clientelismo político, que não somente é um indicador de corrupção estatal e falta de transparência, como viola o princípio de igualdade e não discriminação. Por outro lado, um indicador de processo de capacidade estatal é a quantidade de denúncias recebidas e resolvidas a respeito de corrupção no acesso a programas e planos sociais. Em outros termos: os indicadores se referem aos padrões e estes às normas do Protocolo, o que, posto em movimento, remete a quanto se tem avançado – ou eventualmente retrocedido – para satisfazer direitos.⁹

Do mesmo modo, é indispensável contar com informação adequada, acessível, de qualidade e em quantidade suficiente a fim de que se ofereçam

elementos indispensáveis para a avaliação e posterior monitoramento do cumprimento de obrigações estatais.¹⁰ Mas é óbvio que não somente para monitoramento, mas também para a elaboração e desenvolvimento de políticas públicas é necessário dispor de dados e evidências empíricas, já que constituem um insumo central para o início do projeto de qualquer política. Em outros termos, é impossível pensar em formular uma política sem acesso à informação de qualidade e suficiente, já que sem dados empíricos não se pode ter conhecimento fidedigno sobre em qual situação ou campo de intervenção a futura política deseja atuar.

Mas além da etapa diagnóstica anterior à formulação de uma política, a informação é fundamental para todo o processo de implementação e para a avaliação ou mensuração de impacto e de progresso. Esse processo de avaliação pode ser desenvolvido de forma técnica, aplicando as várias ferramentas metodológicas desenvolvidas para medir o impacto das políticas públicas (avaliação *ex ante*, *ex post* e de resultado, entre outras) respondendo às reivindicações e reclamações vinculadas à verificação dos resultados das políticas públicas, no marco dos processos de monitoramento e vigilância cidadã, transparência e controle por parte da sociedade civil.¹¹ É também importante vincular o dever de produção de informação com as reivindicações sociais de prestação de contas e todas as reclamações legítimas sobre os resultados das políticas, transcendendo as médias, os índices e exigindo níveis de desagregação populacional, territorial, de gênero e étnica que lancem luz sobre os resultados das políticas públicas (PAUTASSI, 2010).

Nesse sentido, os países da região têm realizado esforços para desenvolver seus sistemas estatísticos com graus diversos e heterogêneos de desenvolvimento, alguns mais integrados que outros, alguns disponibilizando indicadores de gênero, e outros, dados que permitem captar as condições de vida dos povos indígenas ou da população afrodescendente, fornecendo em menor medida informação de tipo qualitativa. No entanto, é interessante destacar que os Estados foram paulatinamente incorporando alguns mecanismos de coleta e uso de informações de caráter qualitativo, em particular estudos de percepção cidadã e estudos de satisfação no uso de serviços sociais, entre outros (CECCHINI, 2010).

A rigor, e de uma perspectiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, o direito à informação foi consagrado tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1978, art. 13) como no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (NACIONES UNIDAS, 1966, art. 19) e na Declaração Universal de Direitos Humanos (NACIONES UNIDAS, 1948, art. 19). Além disso, o acesso e a produção de informação constitui um padrão que dá conta dos compromissos assumidos pelos Estados em termos de desempenho e cumprimento das obrigações concernentes a cada direito.

De acordo com o princípio de interdependência dos direitos humanos, e enquanto a liberdade de expressão configura um pressuposto essencial de toda democracia, o conhecimento e a difusão dos assuntos de interesse público são essenciais para que os cidadãos e cidadãs tenham efetivamente capacidade de conhecer tudo o que diz respeito à gestão dos assuntos públicos. Assim se manifestou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que adotou a proteção e promoção de um conceito amplo de liberdade de expressão, sustentando que se

trata de uma pedra angular da existência mesma de uma sociedade democrática. É, enfim, condição para que a comunidade, ao exercer suas opções, esteja suficientemente informada, e é indispensável para a formação da opinião pública.¹²

A extensão do direito à informação supõe a existência de dois aspectos complementares e interdependentes: a) o direito a expressar-se livremente e, deste modo, a dar informação e, b) o direito de ser informado, isto é, tanto a liberdade de expressar ideias como a de ser receptor delas. O direito à informação, enquanto direito fundamental, não se encontra limitado à proteção do emissor da mensagem, mas também protege com a mesma força o direito a receber informação. É somente a partir de uma proteção integral dos dois aspectos do fenômeno da comunicação que se pode garantir a vigência do direito e o funcionamento normal de um sistema democrático.

Por sua vez, o direito a receber informação pode ser exercido por cidadãos e cidadãos de duas formas: i) assumindo uma conduta ativa, buscando informação, pesquisando, procurando o acesso às fontes de informação públicas ou privadas; ou ii) constituindo-se como sujeito passivo, com direito a receber informação de quem informa ou opina, escolhendo livremente os dados e ideias que lhe interessem.

De sua parte, a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabelece que o artigo 13 da Convenção Americana serve como parâmetro ao qual se deveriam ajustar as leis sobre acesso à informação dos países da região. Ali se estabelece que o direito de acesso deve ser garantido pelos Estados, sem possibilidade de restringi-lo, exceto por razões excepcionais que serão examinadas segundo um critério estrito de verificação. A rigor, a regra é a divulgação da informação pública, e a confidencialidade é a exceção de interpretação estrita. Mas a interpretação vai mais além e assume que o Estado não somente está obrigado a respeitar o direito, permitindo o acesso a arquivos e bases de dados, como tem uma obrigação positiva, de produzir informação em certas circunstâncias, como naquelas situações em que a obrigação de produção de informação se vincula ao exercício de direitos de pessoas historicamente discriminadas ou excluídas, ou para poder combater eficazmente as causas das violações de direitos. Assim determina, por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Belém do Pará (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1995) ao estabelecer a obrigação do Estado de “assegurar a pesquisa e coleta de estatísticas e outras informações relevantes concernentes às causas, consequências e frequência da violência contra a mulher, a fim de avaliar a eficiência das medidas tomadas para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como formular e implementar as mudanças necessárias” (artigo 8, inciso h). Trata-se de uma obrigação de produção de informação clara e exigível como direito.

A CIDH destacou também que a obrigação dos Estados de fixar regimes legais que assegurem o exercício do direito à informação deve cumprir certos padrões mínimos, a saber: i) estabelecimento do princípio da máxima abertura da informação; ii) a presunção de publicidade no que diz respeito a reuniões e documentos chaves; iii) definições amplas sobre o tipo de informação que se encontra acessível; iv) prazos e custos razoáveis; revisão independente das recusas

às solicitações de informação; v) punições para o não cumprimento e dever de proporcionar a informação solicitada; vi) procedimento adequado para definir as exceções.¹³

Do mesmo modo, o direito à informação se aplica à produção e difusão de estatísticas oficiais, sejam aquelas produzidas com registros administrativos disponíveis ou com ferramentas estatísticas mais complexas, mas, em todo caso, a centralidade das estatísticas e de outras bases de dados é fundamental para garantir esse direito (NACIONES UNIDAS, 2012). Os princípios fundamentais das estatísticas oficiais, adotados pela Comissão de Estatística das Nações Unidas, em 1994, destacaram a obrigação dos sistemas estatísticos oficiais de satisfazer o direito de cada pessoa à informação, obrigação que se aplica aos organismos públicos que devem divulgar informação de interesse público e especializada, ao mesmo tempo em que cidadãos e cidadãos têm o correspondente direito de solicitar essa informação. Por sua vez, o princípio nº 3 estabelece que as estatísticas oficiais também devem facilitar uma interpretação correta dos dados e apresentar a informação de acordo com normas científicas sobre fontes, métodos e procedimentos desenvolvidos (NACIONES UNIDAS, 2012).

Devido à importância que tem para o funcionamento institucional de um país o fato de que a cidadania se encontre devidamente informada, em qualidade, quantidade e disponibilidade suficientes, o direito à informação garante firmemente o direito de uma pessoa receber as mensagens que um terceiro lhe deseja transmitir, e disso deriva a proibição de o Estado e terceiras pessoas interferirem indevidamente nessa comunicação, bem como o direito de obter a informação que seja necessária para poder avaliar o desempenho das autoridades e o cumprimento de metas nacionais. Do mesmo modo, a faculdade de conhecer a informação contida em arquivos, estatísticas ou registros em poder do Estado, por parte de qualquer cidadão ou cidadão, dá conta da extensão de seu direito de participação nos assuntos de governo.

A consideração do acesso à informação não foi indiferente ao Comitê do PIDESC que, a partir de suas observações, tratou de detalhar a obrigação dos Estados de realizar uma vigilância efetiva ou supervisão sobre o grau de eficácia dos DESC vinculados diretamente ao direito à informação. Deste modo, o Comitê declarou que a produção de informação é um pressuposto para essa vigilância, e impôs aos Estados o dever de compilar informação e garantir o acesso a ela em diversas matérias. Por fim, determinou a obrigação de formular um plano de ação ou uma estratégia para avançar no grau de realização dos direitos. As obrigações de vigilância, reunião de informação e preparação de um plano de ação para a implementação progressiva são extensíveis, como medidas imediatas, a todos os direitos consagrados no Pacto.¹⁴ Por conseguinte, a limitação de recursos, aqui, não pode funcionar como desculpa para o não cumprimento, o que mostra novamente a importância dos padrões, em matéria de direitos sociais, para avançar na exigibilidade de direitos.

Nos últimos anos, avançou-se também na constituição de observatórios para a difusão de informação temática vinculada às reivindicações da sociedade civil,¹⁵ ou produzidos pelos organismos especializados das Nações Unidas.¹⁶

Esses observatórios se concentram em questões relacionadas a gênero, pobreza, meio ambiente, direitos da criança, sentenças judiciais, entre outros, e cumprem a importante função de articular as demandas de acesso à informação com atividades de controle e verificação de cumprimento das obrigações estatais.¹⁷

Em síntese, para efeito da medição que o sistema de indicadores previsto no Protocolo de San Salvador promove, para cada direito será exigido do Estado que informe, sempre de maneira transversal, de que modo garante o acesso à informação, ao mesmo tempo que preste contas de como avança no desenvolvimento e disponibilidade de fontes de informação. Assim, no que diz respeito, por exemplo, à saúde, o indicador estrutural previsto será as características, cobertura (territorial e temática), orçamento e jurisdição do sistema estatístico da saúde, solicitando-se aos Estados que informem sobre a frequência e as formas de atualização da informação. No caso dos indicadores de processo, será solicitado aos Estados que informem sobre a cobertura de ações ou campanhas de informação e programas de difusão sobre os efeitos do consumo de álcool, tabaco e outras drogas. Como indicador de resultado, o Estado deverá calcular a porcentagem de crianças nascidas com malformações fetais por consumo de álcool e outros tipos de drogas e, finalmente, como sinal de progresso qualitativo, será exigido do Estado que informe sobre as características e cobertura dos meios que difundem informação para as pessoas sobre seus direitos em relação à atenção à saúde (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

Por último, devemos destacar mais uma vez que o monitoramento internacional, a prestação de contas, e o controle cidadão por si só não são suficientes para alcançar a transformação das lógicas de elaboração e implementação das políticas públicas estatais; é necessária uma efetiva transformação para alcançar a incorporação do enfoque de direitos. Tal como afirma Yamin (2010), o ponto fundamental para o reconhecimento e a garantia de direitos é sua natureza jurídica vinculante, internacional e nacional, sendo necessário traduzir o discurso normativo dos direitos humanos em ferramentas concretas de ação e provisão de direitos por parte de todos os envolvidos (tomadores de decisões públicas, prestadores de serviços, destinatários e usuários de serviços sociais).

5 Indicadores, informação e monitoramento: uma tríade imbatível

Ao longo do artigo, apresentamos as principais características do acesso à informação enquanto eixo transversal, que, como seu nome indica, atravessa o sistema de monitoramento para avaliar o cumprimento, neste caso, das obrigações previstas no Protocolo de San Salvador. Devido à novidade do sistema, cujo processo de implementação está em seu início, serão feitos ajustes durante esse processo, de modo a fazer o sistema ganhar precisão sem perder uma visão global dos diversos eixos e categorias a serem captados do processo de satisfação progressiva dos DESC. E isso sem prejuízo da possibilidade – e da pertinência – de se elaborarem indicadores no campo dos direitos civis e políticos, na medida em que estes complementariam, à luz do acesso e da produção de informação, o conjunto de direitos humanos.

Um dos principais aspectos que se percebe nas políticas públicas da região é a necessidade de promover ações integrais e não setoriais, não somente no campo das políticas sociais, mas também no conjunto da produção da atuação estatal. Grande parte das intervenções fragmentadas que se realizaram em distintos setores estatais, em especial em relação ao acesso e produção da informação, redundou no desenvolvimento de práticas e dados descontextualizados e sem respeito aos requerimentos de integralidade dos direitos humanos.

O uso e a difusão de indicadores de direitos humanos como um mecanismo de exigibilidade de direitos apresentam numerosas vantagens, algumas das quais foram descritas neste artigo, com destaque para o fato de que eles não só redundarão no cumprimento da obrigação de informar os mecanismos de monitoramento internacional, como é o caso do Grupo de Trabalho para a análise dos relatórios nacionais previstos no PSS, como, em particular, têm um valor fundamental como ferramenta de “autoavaliação” para os Estados, os quais podem, conforme o princípio de devolução, iniciar um processo de transformação de suas políticas, para projetá-las em conformidade com o enfoque de direitos. Do mesmo modo, a utilização de indicadores permitirá criar novos mecanismos de geração e circulação de informação entre as diversas agências estatais, bem como permitirá gerar e difundir uma nova cultura da informação pública.

A possibilidade de desenvolver uma nova institucionalidade no interior do aparato estatal exige, sem dúvida, numerosos processos de transformação que ainda se desconhece como vão se desenvolver e que curso adotarão. No entanto, a institucionalidade proporcionada por um sistema de indicadores e sinais de progresso, que adquirirá mais força e se consolidará no decorrer do tempo, constitui uma excelente oportunidade para a ampliação das relações entre o Estado e a sociedade civil. Cidadãos e cidadãs poderão contribuir, assim, para um revigoramento da esfera pública, que será, sem dúvida, mais participativa, mais informada e mais democrática.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ABRAMOVICH, Víctor. 2006. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. **Revista de la CEPAL**, Santiago de Chile, n. 88, p. 35-50, abr. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/2/24342/G2289eAbramovich.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2007. Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales. In: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (Comps.). 2007. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década. Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 217-252.
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. 2002. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta.
- ALONSO, Guillermo V. (Ed.). 2007. **Capacidades estatales, instituciones y política social**. Buenos Aires: Prometeo.
- CECCHINI, Simone. 2010. Indicadores sociales y derechos humanos: algunas reflexiones conceptuales y metodológicas. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). **La medición de derechos en las políticas sociales**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 89-126.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). 1995. **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”**. 5 de marzo. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos8.htm>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 1998. **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”**. San Salvador, 17 de noviembre. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2008. **Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales**. OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/IndicadoresDESC08sp/Indicadoresindice.sp.htm>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2009. **Acceso a la información pública en las Américas**. Aportes de la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 30 diciembre. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_DAIMJI.html>. Último acesso em: 23 Maio 2013.
- CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1993. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Viena, Áustria, junho.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1985. **Opinión Consultiva**. OC-5/85. 13 de noviembre.
- COURTIS, Christian. 2010. Apuntes sobre la elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. In: ARCIDIÁCONO, Pilar; ESPEJO YAKSIC, Nicolás; RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coords.). **Derecho sociales: justicia, política y economía en América Latina**. Bogotá: Colômbia: Siglo del Hombre Editores.

- DE JANVRY, Alain; DETHIER, Jean-Jacques. 2012. **The World Bank and Governance: the Bank's Efforts to Help Developing Countries Build State Capacity.** World Bank. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/12112>>. Último acesso em: Maio 2013.
- EARL, Sarah; CARDEN, Fred; SMUTYLO, Terry. 2002. **Mapeo de alcances:** incorporando aprendizaje y reflexión en programas de desarrollo. Ottawa, Canadá: CIID-IDRC.
- HOHNERLEIN, Eva-María. 2010. Sistema de indicadores y mecanismos de vigilancia en la Unión Europea. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). **La medición de derechos en las políticas sociales.** Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 197-232.
- KNACK, Stephen; MANNING, Nick. 2000. **Hacia más indicadores relevantes para el funcionamiento del gobierno.** Washington, DC: Banco Mundial. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/11407>>. Último acesso em: Maio 2013.
- NACIONES UNIDAS. 1948. **Declaración Universal de Derechos Humanos.** 10 de diciembre. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=spn>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** 16 de diciembre. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2006. **Informe sobre indicadores para vigilar el cumplimiento de los instrumentos internacionales de derechos humanos.** Ref. HRI/MC/2006/7, 11 de mayo. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/HRI.MC.2006.7_Sp.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2008. **Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos.** Ref. HRI/MC/2008/3, 15 de mayo. Disponível em: <http://hrbportal.org/wp-content/files/2008_Report_Spanish.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2012. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (NU-OACNUDH). **Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y aplicación.** Ginebra e Nova York, HR/PUB/12/5.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1978. **Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.** 18 de julio. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2005. **Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador.** Ref. AG/RES. 2074 -XXXV-OU/05. 7 de junho. Disponível em: http://www.scm.oas.org/idms_public/SPANISH/hist_05/cp14454s04.doc - 05/05/2005>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2011. Grupo de Trabajo Protocolo de San Salvador (OEA-GTPSS). **Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador.** Grupo de Trabajo para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador. Washington, OEA. Ref. OEA/Ser. L/XXV.2.1.GT/PSSI/doc.2/11. Disponível em: <http://www.sedi.oas.org/ddse/espanol/index-7_GT.asp>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2012. **Aprobación de indicadores de progreso para medición de derechos**

- contemplados en el Protocolo de San Salvador.** Ref. AG/RES. 2713 (XLII-O/12). 4 de junio.
- PAUTASSI, Laura. 2010. Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales: más allá de la medición. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). **La medición de derechos en las políticas sociales.** Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 1-88.
- RICO, María Nieves (Coord.). 2012. **Guía para estimar la pobreza infantil:** información para avanzar en el ejercicio de los niños, niñas y adolescentes. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL); Unicef.
- TOMAŠEVSKI, Katarina. 2001. **Human rights obligations:** making education available, accessible, acceptable and adaptable. Gotemburgo, Suécia: Novum Grafiska AB. (Education Primers, n. 3).
- TÜRK, Danilo. 1990. **The new international economic order and the promotion of human rights.** United Nations. Economic and Social Council. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Forty-fourth session Item 8 of the provisional agenda. Documento E/CN.4/Sub.2/1990/19.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo; SÁNCHEZ, Nelson Camilo. 2010. Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional Colombiana. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (Comps.). **La medición de derechos en las políticas sociales.** Buenos Aires: Editores Del Puerto. p. 295-328.
- VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. 2011. Políticas Públicas con Perspectiva de Derechos Humanos: Un Campo en Construcción. **SUR**, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 35-65, jun. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/14/02.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- WORLD BANK. 2007. **Realizing Rights through Social Guarantees.** Washington: Social Development Department, June 2007.
- YAMIN, Alicia Ely. 2010. Hacia una rendición de cuentas transformadora: aplicando un enfoque de derechos humanos para satisfacer las obligaciones en relación a la salud materna. **SUR**, São Paulo, v. 7, n. 12, p. 99-127, jun. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/12/06.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.

NOTAS

1. Segundo afirma o artigo 5 da Declaração e Programa de Ação de Viena. (CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS, 1993, 5.

2. Um dos primeiros esforços do Comitê PIDESC para criar o sistema de indicadores foi desenvolvido pelo então relator especial da Comissão de Direitos Humanos, Danilo Türk (1990), que advertiu a respeito dos limites dos indicadores então disponíveis e sugeriu que não era possível realizar comparações globais ou locais,

sugestão que foi adotada pelo Comitê PIDESC.

3. Veja-se também o artigo do PIDESC.

4. Embora 19 Estados tenham assinado o Protocolo, até agora somente 16 depositaram o instrumento de ratificação seria oportuno que a sociedade civil, assim como as distintas instâncias do SIDH, promovesse um processo ativo de ratificação deste importante instrumento.

5. O documento foi elaborado pelo comissário Vítor Abramovich e aprovado pela CIDH.

6. O Grupo de Trabalho elaborou o segundo conjunto de direitos, que foi levado para consulta aberta pelos Estados em 3 de dezembro de 2012 e permaneceu aberto até o 30 de setembro de 2013. Uma vez recebidos os comentários dos Estados, o GT analisa e incorpora as observações que considere pertinentes, e redige um novo documento que será levado para exame e aprovação por parte da Assembleia Geral da OEA. Para informações, ou enviar consultas ao Grupo de Trabalho, ver o site <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-7_GT.asp>. Último acesso em: Maio 2013.

7. No site da CIDH é possível consultar as respostas enviadas pela sociedade civil, e na página da Sedi-OEA, estão as observações enviadas ao documento do GT, em especial as adesões e apoios ao mecanismo, <http://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-7_GT.asp>. Último acesso em: Maio 2013.

8. Seguimos os principais eixos do Documento OEA-GTPSS (2011).

9. Cabe destacar os importantes avanços realizados a partir da sociedade civil no que se refere ao desenvolvimento de indicadores, especialmente no campo da transparência internacional, em cada um dos capítulos nacionais, como, no caso da Colômbia, o Sistema Nacional de Integridade, ou de prestação de contas e de acompanhamento dos compromissos no que diz respeito ao acesso à informação (<<http://www.transparenciacolombia.org.co>>).

10. É possível estruturar os componentes individuais de cada direito em relação às respectivas obrigações governamentais; a partir disso, definiu-se um sistema de quatro elementos: disponibilidade de serviços, instâncias ou medidas para o gozo do direito em questão; acessibilidade, pelo qual se deve garantir o exercício livre de discriminação; aceitabilidade, segundo o qual é o Estado quem deve assegurar a qualidade adequada das prestações de serviços; e adaptabilidade, que obriga os Estados a oferecer as melhores prestações de serviços que se adaptem às necessidades dos portadores de direitos (TOMASEVSKI, 2001). Este sistema, sistema dos 4-A (do inglês *available, accessible, acceptable e adaptable*), estabeleceu uma relação entre o conteúdo do direito e sua própria natureza e com as obrigações positivas e negativas que competem aos Estados, mas também incorpora a dimensão da exigibilidade do direito, uma vez que estabelece a inter-relação com o necessário respeito a estas dimensões no momento do planejamento de uma política pública no campo social. Ver Abramovich (2006), Vázquez e Delaplace (2011).

11. Lugar de destaque ocupam as ferramentas desenvolvidas pela Global Integrity em relação à prestação de contas (<<http://www.globalintegrity.org>>) e os esforços do Banco Mundial em termos de acesso à informação, (<<http://datacatalog.worldbank.org/>>), entre outros. Ver De Janvry e Dethier (2012), Knack e Manning (2002) e World Bank (2007). Neste último caso, o Banco Mundial

propõe a implementação do enfoque de direitos, mas aplicado aos programas sociais, buscando particularmente estimular a participação dos destinatários, mas sem realizar uma revisão – do ponto de vista dos padrões de direitos humanos – dos limites desses programas em termos de direitos humanos, especialmente conforme o padrão de universalidade.

12. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Consultiva**. OC-5/85, de 13/11/1985, Serie A, N° 5.

13. Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria para la libertad de expresión. Acceso a la información pública en las Américas. Aportes de la Relatoria para la libertad de expresión. p. 12.

14. OG N° 1, pontos 3 e 4. Cf. citação em Abramovich e Courtis (2002).

15. O Centro para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESR) desenvolveu um sistema de trabalho composto por quatro passos, nos quais se analisam vários aspectos da obrigação de aplicar os direitos econômicos e sociais, denominado Opera (sigla em inglês para Resultados, Esforços Políticos, Recursos e Avaliação), que incorpora diferentes medidas para princípios e padrões específicos de direitos humanos. Ver em: <<http://www.cesr.org/>>. Último acesso em: Maio 2013.

16. São numerosas as bases de dados dos organismos especializados que contêm indicadores de tipo socioeconômico e um importante progresso em indicadores de direitos humanos. Entre outras, destacam-se: o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, que elaborou o índice universal de direitos humanos (<<http://uhri.ohchr.org/>>); o Observatório para a Igualdade de Gênero da América Latina e o Caribe da Cepal, que mantém um sistema baseado na definição de três tipos de autonomia das mulheres: autonomia econômica, física e política (<www.cepal.org/cl/mujer>); os indicadores de desenvolvimento humano a cargo do PNUD (<<http://hdrstats.undp.org/en/table/default.html>>); o monitoramento do Unicef sobre a situação de direitos das crianças, adolescentes e mulheres (<<http://www.childinfo.org/>>); as estatísticas educacionais da Unesco (<<http://stats.uis.unesco.org/unesco/TableViewer>>); e as vinculadas ao mundo do trabalho e direitos sindicais da Organização Internacional do Trabalho (<<http://www.ilo.org/stat/lang-en/index.htm>>).

17. Entre algumas das muitas iniciativas desenvolvidas em seis países da região (Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru), a partir do projeto de um Observatório de Sentenças Judiciais sobre direitos das mulheres, com uma base de dados que facilita o acesso à informação para a compreensão da relação entre judicialização e provisão pública de serviços sociais. Para mais informações: Equipo Latinoamericano de Justicia e Género, ELA (<<http://www.ela.org.ar>>).

ABSTRACT

The article analyzes how production of and access to information form part of the process of developing and using human rights indicators, particularly in terms of their integration into the mechanism recently created in the Inter-American human rights system that corresponds to States Parties' reporting obligations in light of article 19 of the Protocol of San Salvador. Next, the article analyzes the adopted indicators, the categories and crosscutting principles that complement the system of indicators, and how the standard of production of and access to information operates within that context. Finally, taking into account the principles of the interdependence, universality, and indivisibility of human rights, it identifies ways to strengthen and achieve a robust institution framework for economic, social and cultural rights (ESCR).

KEYWORDS

Access to information – Indicators – Economic, social and cultural rights

RESUMEN

El artículo analiza de qué manera la producción y acceso a la información se enmarca dentro del proceso de elaboración y utilización de indicadores en materia de derechos humanos, particularmente en su integración dentro del reciente mecanismo conformado en el sistema interamericano de derechos humanos, correspondiente a las obligaciones de informar que tienen los Estados Partes en virtud del artículo 19 del Protocolo de San Salvador. En concordancia, el artículo analiza los indicadores que adopta, las categorías y principios transversales que complementan el sistema de indicadores, y cómo opera en dicho contexto el estándar de producción y acceso a la información. Por último, tomando en cuenta los principios de interdependencia, universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos se identifican aspectos necesarios para fortalecer y lograr una institucionalidad robusta en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

PALABRAS CLAVE

Acceso a la información – Indicadores – Derechos económicos sociales y culturales



JO-MARIE BURT

Jo-Marie Burt é professora associada de Ciência Política na Universidade George Mason, onde também atua como diretora de Estudos Latino-Americanos e codirige o *Center for Global Studies*. É autora de várias publicações sobre violência policial, direitos humanos e justiça de transição. Seu tema atual de pesquisa são os julgamentos envolvendo direitos humanos na América Latina. É diretora do Projeto Juízos por Violações de Direitos Humanos no Peru (www.rightsperu.net).



CASEY CAGLEY

Casey Cagley tem mestrado em Artes em Ciência Política pela Universidade George Mason e atualmente trabalha como pesquisador-adjunto no *Center for Global Studies* da mesma universidade. Seu tema de pesquisa envolve direitos humanos e governança, crimes violentos e corrupção na América Latina.

E-mail: cecagley@gmail.com

RESUMO

Nos últimos anos houve um crescimento significativo de leis em todo o mundo que protegem a liberdade de informação (LDI). Este artigo estuda o papel das leis de LDI em possibilitar que as sociedades investiguem atrocidades cometidas no passado e os obstáculos que elas enfrentam para fazê-lo. O foco é a experiência do acesso à informação no Peru, assim como as recentes obstruções ao acesso e a resposta de investigadores, juízes e organizações da sociedade civil.

Original em inglês. Traduzido por Daniela Sequeira.

Recebido em março de 2013. Aceito em maio de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Acesso à informação – Direitos humanos – Peru – Justiça transicional – *Accountability*



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em www.revistasur.org.

ACESSO À INFORMAÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA: OS DESAFIOS DA ACCOUNTABILITY NO PERU

Jo-Marie Burt e Casey Cagley

1 Introdução

Nos últimos anos houve um crescimento expressivo no número de leis de proteção à liberdade de informação (LDI) (BANISAR, 2006; MENDEL, 2009; MICHENER, 2010). Essa explosão da legislação LDI aconteceu de forma rápida e, como resultado, os acadêmicos têm sido lentos para analisar as implicações teóricas de tal fenômeno. Surpreendentemente, pouco se sabe acerca dos fatores que levaram à promulgação de leis de LDI ou das variáveis que afetam os níveis da conformidade do Estado após tal promulgação. Talvez ainda mais importante seja o fato de que os efeitos das leis de LDI nas questões de governança, tais como corrupção e direitos humanos, ainda estão em debate.

Este artigo examinará o papel da legislação LDI em propiciar que a sociedade busque a responsabilização pelas atrocidades cometidas no passado, bem como as dificuldades para fazê-lo. Enfocará majoritariamente a experiência peruana, em que o acesso à informação tem se mostrado decisivo na busca por justiça para atrocidades cometidas por agentes estatais durante o conflito armado no país, acesso que todavia tem sido restringido, principalmente nos últimos anos.¹ Esse tem sido um aspecto central na rejeição, pelo Judiciário, de muitos casos que envolvem violações de direitos humanos. Discutiremos algumas formas por meio das quais os agentes do Estado dificultaram o acesso à informação e, talvez não por coincidência, também o avanço no sentido de expor e julgar atrocidades do período mais sombrio do país.

O artigo se baseia em pesquisa conduzida pela autora principal sobre a situação dos processos criminais de casos de graves violações de direitos humanos no Peru, desde 2009. A pesquisa reúne dados de fontes variadas, entre elas o Ministério Público, a Defensoria, arquivos judiciais, arquivos de entidades de

Ver as notas deste texto a partir da página 99.

direitos humanos e a imprensa. Uma das primeiras descobertas foi a de que não havia, em nenhum órgão estatal ou mesmo privado, um registro central dos processos criminais em andamento sobre violações de direitos humanos. Como resultado, e mediante estreita colaboração com entidades de direitos humanos que representam as vítimas nesses casos,² a autora principal construiu uma base de dados com tais informações e compilou as sentenças dadas pelas cortes peruanas. Além disso, a autora tem assistido *in situ* muitas audiências, reviu publicações, relatórios e artigos da imprensa não apenas sobre esses casos, como também sobre os procedimentos judiciais em geral, e entrevistou juízes, promotores e outros operadores do Direito, advogados de direitos humanos, sobreviventes e parentes de vítimas, além de observadores externos.³

O que essa pesquisa demonstra é que, desde o início da transição democrática, em 2000-2001, embora o Estado peruano tenha envidado importantes esforços para revelar a verdade e prover a justiça para milhares de vítimas de violações de direitos humanos cometidas pelo Estado, ainda há obstáculos significativos. O estudo focaliza um obstáculo em particular: a recusa do Estado peruano a garantir para todos o direito ao acesso a informações acerca de violações históricas de direitos humanos. O artigo termina com algumas conclusões amplas e recomendações acerca do livre exercício do direito à informação.

2 A evolução do acesso à informação

Em 1990, o direito de acesso à informação nem chegava a ser um conceito universalmente aceito. Nessa época, somente 13 países contavam com leis que

protegiam e institucionalizavam o direito de acesso às informações de Estado; entre os quais somente um país latino-americano.⁴ Em 2003, esse número havia mais do que triplicado, para 45. Essa onda de adoção de leis de LDI, também rotulada como “explosão” (ACKERMAN; SANDOVAL-BALLESTEROS, 2006) ou “revolução” (MENDEL, 2009), continua na segunda década do século XXI. Na esteira da promulgação de leis de acesso à informação em El Salvador (março de 2011) (TORRES, 2011) e no Brasil (novembro de 2011) (THE GLOBAL NETWORK OF FREEDOM OF INFORMATION ADVOCATES, 2011), mais de 90 países, sendo 13 na América Latina, contam hoje com leis que estabelecem um direito de acesso às informações do governo (ver imagem 1).

Embora a Colômbia tenha promulgado a primeira legislação LDI latino-americana

Imagem 1

Datas de Promulgação das Leis de Liberdade da Informação na América Latina



em meados da década de 1980, a onda de leis de acesso à informação da região teve início no princípio de 2002, com a promulgação de leis no México, Panamá e Peru. Em 2004, eles foram acompanhados pelo Equador e pela República Dominicana. Honduras, em 2006, Nicarágua, em 2007, Guatemala, Chile e Uruguai, em 2008, e Brasil e El Salvador, em 2011, também se juntaram ao grupo de países com legislação LDI. Embora a Argentina não tenha conseguido aprovar uma lei semelhante, o Decreto Legislativo 1172, aprovado em 2003, prevê o acesso à informação para o ramo executivo do governo.

Ao mesmo tempo que os parlamentos nacionais mobilizaram-se rumo à institucionalização do acesso à informação, o direito internacional, particularmente no sistema interamericano, produziu importante jurisprudência que apoia essa evolução. Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) decidiu, no caso *Claude Reyes vs. Chile*, que o governo do Chile havia violado o direito da *Fundación Terram*, uma ONG ambientalista, de ter acesso à informação a respeito de uma importante operação de desmatamento naquele país.⁶ Essa decisão representou o primeiro “reconhecimento de um tribunal internacional a um direito básico de acesso a informações do governo como parte do direito à liberdade de expressão” (OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 2009).⁷

Mack Chang vs. Guatemala, um caso de 2003 julgado pela Corte Interamericana alguns anos antes do caso Reyes, estabeleceu fortes limitações à capacidade do Estado de restringir o acesso à informação. A Corte decidiu que:

Em casos de violações de direitos humanos, os agentes estatais não podem se valer de mecanismos como sigilo oficial ou confidencialidade de informação, ou razões de interesse público ou segurança nacional, para se recusar a fornecer as informações requisitadas pelas autoridades judiciais ou administrativas em relação a uma investigação ou procedimento em curso.

(INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

Em outras palavras, as informações relacionadas aos julgamentos de graves abusos de direitos humanos não podem ser retidas sob a justificativa de segurança nacional.

Mais recentemente, a CIDH condenou o Brasil no caso *Gomes Lund vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia). Nesse caso, a Corte decidiu que a recusa do Brasil em fornecer informações acerca do paradeiro de um grande número de guerrilheiros de esquerda, desaparecidos durante a ditadura militar no país (1964-1985), violava o direito à informação, consagrado no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A corte foi além nesse caso, afirmando na sentença que o Brasil havia também violado a “obrigação de investigar”, de dar “acesso à Corte”, e, mais importante, que a lei de anistia brasileira é “incompatível com a Convenção Americana e nula de pleno direito” (OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 2010).⁸

Esses casos ajudam a ilustrar as definições e conceitos em evolução e por trás da liberdade de informação. Toby Mendel sustenta que o termo “liberdade

de informação” está sendo rapidamente substituído por “direito à informação” entre ativistas e membros dos governos. Como exemplo, ele cita a lei de liberdade da informação da Índia, de 2005, que expressa o “direito” à informação já no título (A Lei do Direito à Informação) (MENDEL, 2008; MENDEL 2009, p. 3). Curiosamente, o relatório da *Inter-American Dialogue* sobre uma conferência de 2002 a respeito do acesso à informação nas Américas sustenta que o acesso é mais bem compreendido não como um direito “humano” individual, mas como uma questão de interesse público “um pré-requisito para a democracia, o debate aberto e a prestação de contas do governo” (INTER-AMERICAN DIALOGUE, 2004, p. 13). Outros (ACKERMAN; SANDOVAL-BALLESTEROS, 2005) reconhecem um discurso crescente acerca da liberdade de informação como liberdades positivas, e não negativas. Em outras palavras, em vez de entender a liberdade da informação como uma liberdade *em relação à* censura e *ao* controle, devemos compreendê-la como uma liberdade *para* atingir um objetivo específico – saber sobre o destino de um ente querido ou sobre o envolvimento de um antigo general em crimes contra a humanidade, por exemplo.

O que essa escola de pensamento oferece é uma conceituação do direito à informação amparada em termos de direitos civis e políticos mais consagrados ou amplamente reconhecidos. Os casos *Claude Reyes vs. Chile* e *Gomes Lund vs. Brazil*, mencionados acima, sustentam que o acesso à informação deva ser garantido como um ingrediente necessário a outros direitos consagrados no direito internacional: a saber, o direito à liberdade de expressão e o direito à participação, previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Alasdair Roberts aprofunda essa linha de pensamento ao considerar o direito de acesso à informação à luz da disseminação do “pluralismo estrutural” no governo (ROBERTS, 2001). Para resumir o argumento, a contínua delegação de funções governamentais a empresas e outras organizações não-governamentais poderia se impor como um desafio à capacidade de o “direito” à informação resultar em acesso à informação em si, a não ser que seja baseado em outros direitos: os direitos à liberdade de expressão e à participação, que têm mais amparo nas leis e nas constituições das Américas. No caso do Peru, como explicaremos abaixo, o direito de acessar informações públicas é articulado tanto como um direito em si e de si mesmo, quanto como um direito implícito e inerente ao exercício de outros direitos constitucionais.

3 A queda de Fujimori e a criação do sistema de acesso à informação no Peru

A questão de como definir e operacionalizar o conceito de um direito de acesso às informações públicas tem especial relevância em contextos pós-conflito, como o Peru. Entre 1980 e 2000, o país foi assolado por um devastador conflito armado interno, envolvendo o Estado e dois grupos rebeldes (o maoísta Sendero Luminoso e o mais tradicional Movimento Revolucionário Tupac Amaru, ou MRTA). Esse conflito resultou em aproximadamente 70.000 mortes, concentradas basicamente em comunidades rurais indígenas.⁹ Após a dramática derrubada do governo

do presidente Alberto Fujimori, no ano 2000, o país iniciou um processo de transição, objetivando restabelecer a governança democrática e adotando importantes mecanismos de justiça transicional para investigar o legado de violência. Como veremos, julgamentos criminais de casos de abusos massivos de direitos humanos desempenharam um papel relevante nesse processo.

Após dez anos do governo autoritário de Alberto Fujimori, o regime caiu em novembro de 2000, depois de um grave escândalo de corrupção que levou o ex-presidente a fugir para o Japão, de onde enviou sua renúncia por *fax*. Já no contexto da transição democrática de Valentin Paniagua (novembro de 2000 a julho de 2001) e logo depois com Alejandro Toledo (2001-2006), o governo peruano fez um esforço conjunto para se distanciar das tendências autoritárias da década anterior e para consolidar a democracia nascente. Isso incluiu, entre outras medidas, a reforma das instituições eleitorais do Peru, bem como do Judiciário (que tinha sido completamente politizado durante o período de Fujimori) – reinserindo o país no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (Fujimori havia retirado o Peru após sucessivas decisões desfavoráveis em questões de direitos humanos) –, a criação de uma Comissão da Verdade para examinar violações de direitos humanos cometidas durante o conflito de 20 anos, e novas medidas para ampliar a transparência do governo.

Entre essas medidas, estava o importante compromisso com a transparência e com a imparcialidade, que levou ao desenvolvimento da Lei de Transparência e Acesso à Informação Pública (que chamaremos de Lei de Transparência). A Lei de Transparência estabeleceu importantes passos para institucionalizar e proteger o direito de acesso à informação, consagrado na Constituição de 1993. O artigo 2 (parágrafo 5º) da Constituição afirma: “Todas as pessoas têm o direito de: [...] solicitar informações de que necessitem, sem revelar o motivo, e receber essa informação de qualquer órgão público, no prazo estabelecido por lei, a um custo razoável” (PERÚ, [1993], 2005).

A Lei de Transparência, aprovada em 2002, determina que qualquer documentação financiada pela população é considerada informação pública e, portanto, deve ser acessível a ela.¹⁰ Também prevê a publicação proativa por parte do Estado, inclusive na Internet, de informações sobre orçamento, registros de licitações e informações sobre as atividades oficiais, entre outros. Os cidadãos podem requisitar informações a qualquer órgão do governo ou entidade privada que preste serviços públicos ou receba dinheiro público. É importante ressaltar que o artigo 15 da Lei de Transparência exclui especificamente as informações relativas a violações de direitos humanos de qualquer tipo de confidencialidade por qualquer motivo que seja: “*No se considerará como información clasificada, la relacionada a la violación de derechos humanos o de las Convenciones de Ginebra de 1949 realizada en cualquier circunstancia, por cualquier persona*” (PERÚ, 2003).¹¹ A lei peruana estipula que os órgãos requeridos respondam às solicitações em sete dias úteis.

O processo de recurso para os pedidos de informação negados prevê um procedimento interno, mas não um externo. Em outras palavras, embora os peticionários possam apelar a uma instância superior dentro do órgão em que

o pedido foi feito, a lei não prevê um órgão independente com a capacidade e a autoridade para julgar esses casos. Apesar de a Defensoria peruana investigar os casos de não-conformidade, ela não tem poderes decisórios. Esses casos devem ser levados ao Judiciário por meio de *habeas data*.

A lei peruana não exige que órgãos do governo prestem assistência aos peticionários que dela necessitem. Isso afeta as pessoas com limitações ou deficiências, bem como aqueles cuja primeira língua não é o espanhol, uma população considerável no Peru. A falta de uma comissão de supervisão independente, como o Instituto Federal do México para o Acesso à Informação, torna os procedimentos recursais ainda mais complicados e, provavelmente, dificulta o desenvolvimento de uma cultura de transparência. Isso é especialmente verdadeiro quando se considera a natureza abrangente das informações excluídas por lei, divididas em três níveis. Primeiro, a informação “ultrassecreta”, contemplada no artigo 15, que geralmente compreende informações militares e de inteligência. Informação “reservada”, assim considerada no artigo 16, envolve as informações relativas aos sistemas da polícia e da justiça. Finalmente, a informação “secreta”, prevista no artigo 17, abrange um amplo leque de exceções, incluindo todas as informações protegidas por um ato do Congresso ou pela Constituição. Em resposta, a Defensoria propôs a criação de uma comissão de supervisão independente em 2013. Esta iniciativa foi recebida com entusiasmo pela sociedade civil.¹²

4 O advento dos julgamentos de direitos humanos após o governo Fujimori¹³

Tal como aconteceu com o processo de consolidação da democracia no Peru, os primeiros processos criminais por violações de direitos humanos começaram sobre as ruínas do regime de Fujimori. Em março de 2001, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou a responsabilidade do Estado pela morte de 15 pessoas em Barrios Altos, bairro da capital Lima, em 1991, e ordenou uma investigação sobre o crime, bem como o julgamento e a punição dos responsáveis. Como parte da decisão Barrios Altos, a Corte Interamericana considerou nulas as leis de anistia do Peru, promulgadas em 1995, abrindo caminho para algumas das primeiras denúncias relacionadas a abusos de direitos humanos durante os 20 anos de conflito interno.

Logo após a decisão da Corte Interamericana, o presidente interino Valentin Paniagua anunciou a criação da Comissão da Verdade e Reconciliação (CVR). A CVR foi dotada de um amplo mandato para investigar e para fornecer uma memória oficial do conflito interno. Além disso, a CVR estabeleceu uma divisão judicial para investigar violações dos direitos humanos e encaminhar casos ao Judiciário para providências criminais. Como parte do relatório final, divulgado em 2003, a CVR entregou mais de 47 casos às autoridades judiciais para que fossem abertos processos criminais. Embora alguns desses casos implicassem líderes dos dois grupos rebeldes, a maior parte envolvia agentes do Estado, que até então não tinham sido processados ou punidos por esses crimes.

Como parte de suas extensas recomendações, a CVR instou o governo a criar um sistema especial de promotorias e tribunais para julgar os casos de direitos humanos. O desenvolvimento desse novo sistema foi lento, consolidando-se somente no final de 2004, início de 2005. Hoje, sete promotorias especiais operam em jurisdições chave (duas em Lima, duas em Ayacucho e uma em Huancavelica, Huanuco e Junín) e vários tribunais também foram criados, embora uma instrução da Suprema Corte segundo a qual todos os casos em que houvesse dois ou mais réus deveriam ser transferidos para Lima tenha levado a maioria dos casos a serem julgados pelo Tribunal Penal Especial (Sala Penal Nacional), em Lima. As primeiras decisões sobre casos de violações dos direitos humanos foram proferidas em 2006.

Nos primeiros anos, o sistema especial para investigar e processar violações de direitos humanos emitiu várias decisões em alguns casos emblemáticos. Em um dos primeiros vereditos – o caso do estudante desaparecido Ernesto Castillo Paez –, quatro policiais foram condenados e o crime de desaparecimento forçado foi reconhecido como crime contra a humanidade. O caso mais conhecido no Peru foi, sem dúvida, o julgamento do ex-presidente Fujimori. Extraditado do Chile em setembro de 2007, o ex-presidente foi levado a julgamento no final daquele ano e em abril de 2009 foi condenado a 25 anos de prisão por uma série de graves violações de direitos humanos que, segundo os juízes do caso, constituem crimes contra a humanidade no direito internacional (BURT, 2009; AMBOS, 2011).¹⁴

A autora principal acompanhou de perto o julgamento de Fujimori e após a sua conclusão começou a desenvolver um projeto colaborativo com organizações locais de direitos humanos para analisar a situação de outros casos com julgamentos pendentes e que tivessem resultado dos vinte anos de conflito armado interno. A *Defensoría del Pueblo* (Defensoria) monitora os 47 casos que a CVR recomendou que fossem julgados criminalmente, além de 12 outros, mas as evidências empíricas sugerem não apenas que o número de casos é muito maior, mas que pouco se sabe sobre a evolução das investigações criminais em andamento, bem como sobre os julgamentos. Em parceria com ONG peruanas de direitos humanos, o autor desenvolveu um banco de dados com casos em andamento, baseado em informações das próprias ONGs, do Ministério Público e da Defensoria, para melhor compreender a situação das investigações criminais e dos julgamentos. Essa ação se tornou mais urgente em 2010, após sucessivas absolvições controversas do Tribunal Penal Nacional, além de esforços contínuos para impor uma nova lei de anistia e encerrar os processos criminais, bem como evidências empíricas que sugeriam interferências políticas nos processos judiciais.

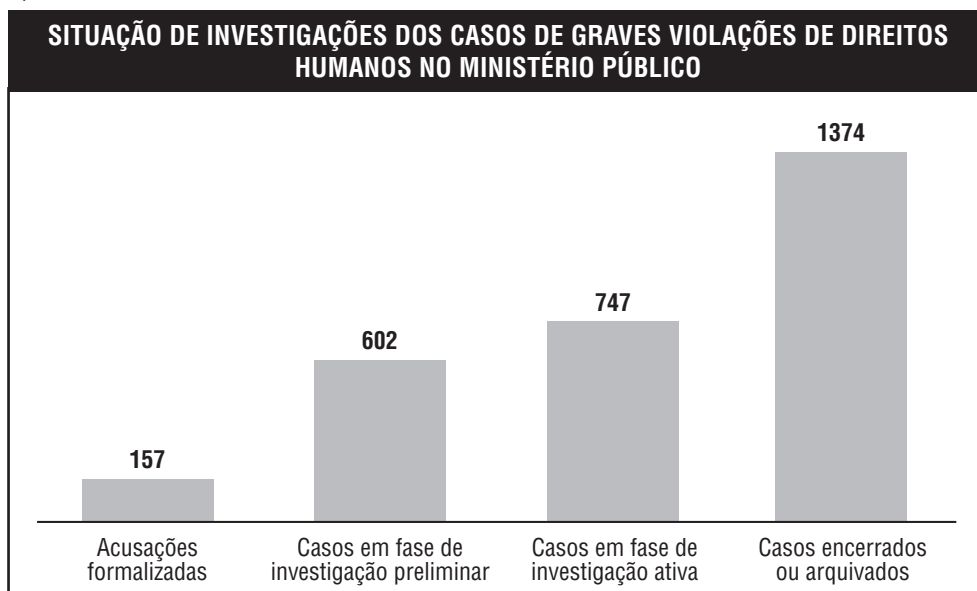
Em resumo, os resultados da pesquisa indicam que o universo de casos é muito maior do que o esperado (2.880 denúncias levadas ao conhecimento do Ministério Público), com avanços muito mais lentos do que se imaginava (o Ministério Público formalizou acusações em apenas 157 casos, ou seja, 5% do total); um grande número de casos permanece em fase de investigação preliminar (602) ou de investigação ativa (747) (47%), e um número significativo de casos, 1.374 ou 48%, – foram encerrados ou arquivados, muitos devido à falta de informações suficientes sobre a identidade dos autores, de acordo com entrevistas

com funcionários do Ministério Público (ver Quadro 1). Em relação às sentenças, um número expressivo de decisões resultou em absolvições, algumas das quais dadas de forma muito discreta (dos 50 vereditos identificados até o presente artigo, 20 resultaram na condenação de um ou mais réus,¹⁵ enquanto nos outros 30 todos os réus foram absolvidos), apesar de um número expressivo dessas decisões ter sido anulada em sede recursal, pela Suprema Corte, o que levou esses casos a novos julgamentos.¹⁶ O número total de indivíduos absolvidos é muito maior do que o de condenados (133 absolvidos e 66 condenados até hoje).¹⁷

As organizações de direitos humanos têm criticado duramente várias destas sentenças, sugerindo que as autoridades judiciais estão deixando de examinar corretamente evidências chave, ignorando o direito internacional e até mesmo sentenças anteriores proferidas por tribunais peruanos (RIVERA, 2009, 2012). Por exemplo, ao mesmo tempo que a sentença de Fujimori estabelece que em casos de direitos humanos é improvável que existam ordens escritas e que, portanto, as evidências circunstanciais podem ser utilizadas para fundamentar condenações, o Tribunal Penal Nacional decidiu em casos recentes que, como não existia nenhuma ordem escrita (ou intelectual), a autoria indireta não poderia ser estabelecida, levando à absolvições de oficiais militares em posição de comando. Além disso, embora o veredito sobre Fujimori valide as conclusões da Comissão da Verdade e Reconciliação peruana de que houve violações sistemáticas dos direitos humanos em determinados locais e em certos momentos, decisões recentes do Tribunal Penal Nacional não levam em consideração tais conclusões e afirmam que os massacres e outras violações dos direitos humanos eram meros “excessos” cometidos por militares de baixa patente, o que também contribuiu para justificar a absolvição de comandantes em muitos casos.

Há mais de uma dúzia de processos em julgamento no momento. Alguns

Quadro 1



Fonte: Dados fornecidos pela *Fiscalía Coordinadora del Ministerio Público*, quadro elaborado pela autora. Novembro, 2012.

deles envolvem casos muito emblemáticos, como o massacre de 69 camponeses, na maioria mulheres, idosos e mais de 20 crianças, ocorrido em Accomarca, no ano de 1985; o caso de prisões arbitrárias, torturas e desaparecimentos forçados na base militar de Los Cabitos, em Ayacucho; o caso contra o “Agente Carrión”, o agente de inteligência Fabio Urquiza Ayma, cujo diário pessoal foi descoberto após sua prisão, em 2001, e no qual ele descreve o seu envolvimento no assassinato de 14 pessoas, entre elas o jornalista Luis Morales Ortega e a ex-prefeita de Huamanga, Leonor Zamora; bem como o julgamento do massacre de 15 pessoas que aconteceu em Santa Barbara no ano de 1991.

Assim, embora alguns casos importantes tenham sido julgados com bons resultados e sentenças relevantes tenham sido proferidas, há outras tendências preocupantes no Peru. Dez anos após a publicação do relatório final do CVR e sua recomendação de processar graves violações de direitos humanos, o ritmo e o avanço das investigações feitas pelo Ministério Público são excessivamente morosos e, em alguns casos, parecem paralisados; um número bem reduzido de acusações contra supostos autores tem sido proferido se comparados ao número total de casos, e quase metade de todas as denúncias foram arquivadas. Uma vez que a acusação é proposta, o Judiciário deverá conduzir sua própria investigação antes de avançar para a fase do julgamento público; geralmente há longos atrasos neste estágio, por vezes de anos, e uma vez que os casos vão à julgamento público a espera é penosamente lenta. Por exemplo, o julgamento de Accomarca começou em novembro de 2010 e não há previsões de ser concluído até algum momento de 2014. Finalmente, as sucessivas absolvições nos últimos anos geraram duras críticas aos tribunais que julgam os casos de violações de direitos humanos.¹⁸

5 A obstrução no acesso à informação em julgamentos de direitos humanos

Embora o desenvolvimento da lei de transparência no Peru tenha sido impressionante no papel, o grau de transparência real do país, especialmente nos casos que envolvem violações de direitos humanos, é sofrível. Os grupos e indivíduos que acompanham o cumprimento das normas e regulamentações da transparência no país revelam um quadro preocupante. O *Instituto de Prensa y Sociedad* (Instituto de Imprensa e Sociedade), uma organização da sociedade civil, declarou que meros 17% dos mais de 40.000 pedidos de informação protocolados obtiveram resposta (esse número diz respeito a todas as solicitações em todos os órgãos) no primeiro ano da lei. Entretanto, 68% dos pedidos estavam incompletos ou não cumpriam o prazo da lei, e 32% dos pedidos, que atendiam plenamente aos requisitos, ficaram sem resposta (MENDEL, 2008).

A cultura de transparência é particularmente fraca no Ministério da Defesa, nas Forças Armadas, na Polícia Nacional e no Ministério do Interior. Isso é desfavorável no caso de investigações sobre violações de direitos humanos cometidas no passado, já que a grande maioria dos investigados trabalha ou trabalhou nesses órgãos.¹⁹

Os problemas resultantes dessas obstruções nos próprios órgãos podem

ser classificados em três categorias. Em primeiro lugar, os casos que envolvem membros das forças armadas peruanas (a grande maioria), uma vez que os membros do Ministério Público e os investigadores não recebem informações importantes para identificar os responsáveis por violações de direitos humanos. O Ministério Público costuma procurar os seguintes tipos de informações. Os nomes dos chefes das bases militares que operavam em áreas em estado de emergência; os nomes das pessoas que trabalharam nessas bases militares, além das folhas de serviço militar, avaliações anuais e para promoção; documentos relativos às operações militares, envios de patrulhas militares e listas de detidos; e manuais, instruções, relatórios de inteligência e outros documentos produzidos para orientar a condução de operações contra os rebeldes. Em segundo lugar, em casos nos quais a identidade dos suspeitos foi estabelecida, juízes e promotores se deparam com atrasos e obstruções desnecessárias para receber as declarações do acusado. Por fim, quando as respostas são recebidas, elas são geralmente “insatisfatórias”, pois demoram desnecessariamente a chegar, são incompletas ou vêm sob a forma de negativas baseadas em alegações inconsistentes (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2005, p. 149).

De acordo com o *Fiscal Coordinador de las Fiscalías Superiores y Penales*, Víctor Cubas Villanueva (Procurador-Geral das Unidades do Ministério Público Superior e Criminal), o principal motivo pelo qual os casos de violação de direitos humanos sob investigação têm sido encerrados é a insuficiência de informações que permitam a identificação dos supostos autores. Ele argumentou que a falta de informações é o resultado direto das constantes negativas, por parte das Forças Armadas e do Ministério da Defesa, em fornecer tais informações aos investigadores, ou à sua alegação de que essas informações não existem.²⁰ Em um esforço para resolver esse impasse, comissões compostas por representantes do Ministério Público, do Ministério da Defesa e da Defensoria foram formadas em duas ocasiões distintas, mas não houve nenhuma mudança no quadro.²¹

Vários relatórios publicados pela Defensoria destacam que, na maioria dos casos, os pedidos de informações sobre os militares ou policiais envolvidos em denúncias de violações de direitos humanos não foram recebidos em tempo hábil ou que os juízes foram informados “que [...] eles não têm tais informações ou arquivos ou que foram queimados ou destruídos” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2004, p. 85). Afirmações semelhantes são costumeiramente usadas para negar o acesso às informações relativas a violações de direitos humanos, apesar das várias barreiras legais a tal comportamento. Isso inclui a *Ley de Defensa, Conservación, e Incremento del Patrimonio Documental de la Nación* (Lei para Proteger, Conservar e Promover o Patrimônio Documental da Nação), de 1972, e a *Ley de Sistema Nacional de Archivos* (Lei de Sistema Nacional de Arquivos), de 1991.²²

Os efeitos de tal obstrução foram confirmados em inúmeras entrevistas com os promotores que investigam casos de violação de direitos humanos, principalmente em Lima e Ayacucho, conduzidas pela autora principal ao longo de vários anos. A incapacidade de acessar informações sobre quem servia em qual quartel, ou para obter informações específicas sobre instruções ou ordens de operações militares afetou imensamente a capacidade dos promotores para

identificar os supostos autores, levando ao encerramento dos processos. Em uma entrevista, um promotor mostrou à autora principal uma pilha de *fojas de servicio*, ou folhas de serviço de militares sob investigação por violações de direitos humanos. Durante o governo de Toledo, esses formulários eram frequentemente fornecidos aos investigadores que os pediam, o que lhes permitiu começar a árdua tarefa de tentar reconstruir cadeias de comando, identificar quais militares participaram de operações específicas ou estavam alocados em quais bases militares, etc. No entanto, a partir de 2006 – o que coincidiu com a ampla retirada de apoio governamental às investigações criminais sobre violações de direitos humanos –, até esses documentos foram negados aos investigadores.

O caso dos 123 camponeses assassinados em 1984, em Putis, na região de Ayacucho, ajuda a demonstrar a natureza da obstrução do acesso à informação e suas implicações na acusação de graves violações de direitos humanos no Peru. Os juízes têm sido informados repetidamente que não existem dados sobre indivíduos que serviram na unidade do Exército em questão: “*no existe documentación alguna que permita identificar al personal militar que prestó servicios en la Base Militar de Putis*” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 138).²³

Como resultado – e apesar da cuidadosa reunião de evidências forenses e depoimentos de testemunhas e das famílias (a equipe peruana de antropologia forense recuperou 92 corpos de túmulos clandestinos em Putis) –, esse caso permaneceu sob investigação preliminar por mais de dez anos. Embora o Ministério Público tenha feito uma acusação formal, até novembro de 2011 a data do julgamento ainda não tinha sido definida. Os acusados são militares do alto escalão tidos como os autores intelectuais do crime, mas os autores imediatos permanecem não identificados. O Ministério da Defesa continua a afirmar que não existe qualquer informação sobre esse caso ou sobre aqueles que dele podem ter participado. Em 2009, o Ministério da Defesa, Rafael Rey Rey, afirmou que ele e seu predecessor, Antero Flores Aráoz, buscaram ativamente por informações sobre o caso Putis sem encontrarem nada; no entanto, ele jamais forneceu evidências desta suposta busca, como foi conduzida e suas conclusões específicas.²⁴

É importante ressaltar, no entanto, que o Exército peruano elaborou, em 2010, um documento intitulado “Em honra da Verdade” (*En Honor a la Verdad*), que, entre outras coisas, incluiu referências a documentos, tais como estudos e critérios militares para operações de combate a subversivos, registros militares anuais, relatórios de inteligência e folhas de serviço. Nesse relatório, a Comissão Permanente de História Militar cita documentos do Arquivo Central do Exército, tais como registros anuais, que mostram as operações e as informações sobre membros do Exército que trabalharam durante esse período, cujos testemunhos integram a publicação. Muitos desses documentos são semelhantes aos que foram solicitados várias vezes pelos investigadores, advogados de direitos humanos, juízes e promotores de justiça, e continuam a ser negados. A citação de tal documentação desmente as repetidas afirmações do Ministério da Defesa de que a informação não existia ou que tinha sido perdida ou destruída (ASOCIACIÓN PRO-DERECOS HUMANOS, 2012).

As negativas alegando a inexistência de registros são dadas repetidamente aos pedidos de informação dirigidos ao Estado peruano. No entanto, tais respostas não estão em conformidade com as obrigações legais do Estado de fornecer uma investigação independente e abrangente acerca de toda e qualquer destruição de registros, de tornar tais conclusões públicas, de punir os responsáveis pela destruição ilegal de registros, de envidar esforços concretos para recuperar ou reproduzir documentos relevantes e de fornecer uma descrição detalhada das medidas tomadas para atingir tais objetivos.²⁵

A Defensoria documentou inúmeros outros casos que não evoluíram devido à recusa, por parte dos militares, em fornecer informações, e que ainda não foram levados a julgamento. Por exemplo, o desaparecimento do ativista de direitos humanos Anjo Escobar, que está sob investigação desde outubro de 2002, ainda deve ser levado a julgamento. Escobar foi detido em uma base militar, em Huancavelica, mas nenhuma informação foi fornecida ao Ministério Público sobre a identidade daqueles que estavam a serviço na base. Como resultado, o caso não avançou (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 160). No caso do massacre de 16 camponeses nas Chumbivilcas, em 1990, as informações solicitadas sobre a patrulha militar de plantão na hora do massacre, na região, foram negadas por autoridades militares, e o caso está sendo investigado desde fevereiro de 2004 (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2008, p. 156).

Outro exemplo ilustra um lamentável padrão de arquivamento dos casos de violações de direitos humanos devido à impossibilidade do Ministério Público de ter acesso às informações necessárias. Em junho de 1988, cinco homens foram encontrados mortos, pelos familiares, após terem sido detidos separadamente. Os corpos apresentavam sinais de ferimentos a bala, que sugeriam uma execução e apontavam para o envolvimento de membros da base militar local, em Churcampa. No entanto, em março de 2012, os investigadores do Ministério Público decidiram arquivar o caso, já que a recusa do Ministério da Defesa em fornecer informações os impediu de determinar a identidade dos envolvidos (ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS, 2012).

Quando os juízes e promotores finalmente recebem respostas aos pedidos de informação, elas costumam ser insatisfatórias. Tais respostas muitas vezes referem-se aos pedidos de documentos e transcrições de comunicação, bem como documentos processuais e históricos relativos aos atos, em vez da identidade dos membros (embora, como discutimos acima, as mesmas desculpas muitas vezes são dadas em todas as negativas). Muitas negativas de informações acerca de indivíduos ou patrulhas específicas são justificadas com o argumento de que os registros relevantes foram destruídos “em conformidade com a regulamentação” (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2005, p. 149). Além de levantar a suspeita de quais registros indicam que os documentos em questão foram de fato destruídos (e por que eles nunca são fornecidos), a Defensoria redigiu o próprio regulamento que proíbe expressamente a destruição de tais registros (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2005, p. 149). Portanto, é evidente que os promotores têm de lutar para obter cada pedaço de informação – seja a identificação de pessoas chave no caso, seja uma declaração em benefício do acusado, seja o esclarecimento de atividades

realizadas por um indivíduo ou uma patrulha específica – em todas as fases da investigação e do julgamento.

As alegações de que todos os documentos foram incinerados são comprovadamente falsas. Advogados e promotores confirmaram em entrevistas conduzidas pela autora principal que, em muitas ocasiões, os militares julgados comparecem em juízo com os documentos militares, incluindo as suas folhas de serviço. Uma juíza explicou que, em um caso que ela estava investigando – o caso Chilliutira, sobre a execução extrajudicial de quatro pessoas que estavam sendo transferidas para uma base militar em Puno, em 1991 –, o tribunal requisitou os arquivos do gabinete do inspetor militar que registrou o crime em 1992. As autoridades militares se recusaram a fornecer os arquivos ou os nomes daqueles que estavam a serviço na base à época, afirmando que tal informação não estava disponível. No entanto, a juíza observou que os réus em questão apresentaram suas folhas de serviço como parte de sua defesa ao tribunal.²⁶

O próprio Exército Peruano fez referência a vários documentos que seriam valiosos para os pesquisadores no relatório “Em Honra da Verdade”, incluindo relatórios militares anuais, relatórios de operações militares específicas e as anotações dos serviços de inteligência, entre outros. As alegações de que todos os registros foram destruídos revelam a intenção subjacente de impedir o acesso às informações em casos de graves violações de direitos humanos. Curiosamente, em vez de citar a prerrogativa de classificar as informações por motivos de segurança nacional, o Ministério da Defesa argumenta muitas vezes que as informações solicitadas não existem ou foram destruídas.

Finalmente, mais uma ilustração da obstrução de acesso à informação pública do Peru envolve um decreto legislativo aprovado em dezembro de 2012. O Decreto Lei n. 1129 contém um artigo (artigo 12) negando o acesso público a todas as informações relativas à segurança e à defesa nacional. Este é um desdobramento preocupante por vários motivos. Em primeiro lugar, embora a Lei de Transparência de 2002 contenha cláusulas de exclusão de determinadas informações relacionadas à segurança e defesa nacional, tais exclusões devem ser a exceções à regra. O decreto de 2012, no entanto, estabelece sigilo geral para a obtenção de informações relacionadas à segurança e à defesa nacional, sem prazo final. Em outras palavras, o segredo agora é a regra, e não deve haver exceções à regra.²⁷

A segunda preocupação diz respeito à aplicação de sigilo em questões de segurança e defesa nacional. De acordo com o Instituto Imprensa e Sociedad (*Instituto Prensa y Sociedad*), o decreto estabelece “uma obrigação de confidencialidade sobre a informação sigilosa nos termos do artigo 12, para *qualquer pessoa* que acesse essas informações por meio do exercício de suas funções ou posição” (INSTITUTO PRENSA Y SOCIEDAD. 2012, grifo nosso).²⁸ Em outras palavras, dado que não há nenhuma indicação de que tais “funções ou posição” sejam exercidas a serviço do Estado, qualquer pessoa, inclusive jornalistas ou membros da sociedade civil, poderia ser acusada de revelar segredos nacionais no exercício de seu trabalho. A punição para tais ações pode chegar a 15 anos de prisão.

As normas contidas nesse preocupante decreto vão contra o compromisso

do Peru com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, com a jurisprudência da Corte Interamericana e com a própria Constituição do Peru e a Lei da Transparência, todas as quais determinam uma postura de desobstrução. A Corte Interamericana tem articulado o princípio da “máxima divulgação”, que estabelece a premissa de que toda informação em poder das autoridades públicas deve ser acessível, com apenas algumas exceções (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006). Além disso, no caso *Mack Chang vs. Guatemala*, a Corte Interamericana determinou que, nos casos de graves violações de direitos humanos, a informação não pode ser negada por razões de segurança nacional. O Decreto 1129 viola claramente tanto o princípio da máxima divulgação quanto o de não exceção para os casos de grave violação de direitos humanos.

De acordo com o artigo 15 da Lei de Transparência peruana de 2002, as decisões sobre a possibilidade de divulgar informações relativas à defesa ou à segurança nacional devem ser feitas caso a caso, e as informações classificadas estão sujeitas a um período limitado (de cinco anos) de sigilo – partindo-se do princípio de que, se a informação não atende às diretrizes específicas que condicionam o sigilo, elas devem ser liberadas. Entretanto, em vez de manter o acesso livre como regra (algo que, em princípio, o Peru se esforçou para conseguir), o novo decreto estabelece o sigilo como base, e elimina exceções. Esta nova norma, combinada com a ameaça de processo contra jornalistas (e outros) que busquem acessar determinadas informações, tem como objetivo claro eximir da transparência os setores de defesa e segurança, e ilustra claramente o esforço do Estado peruano em obstruir o acesso à informação em casos de abuso de direitos humanos, bem como em outras áreas, como o setor de compras militares.

6 Conclusões

Embora a Lei de Transparência do Peru já seja mencionada em estudos há uma década, a situação do acesso à informação, descrita neste artigo, demonstra que a “cultura da transparência” que a Lei esperava criar está longe de ser realidade. E, apesar do imenso progresso em algumas áreas (como o retorno do país à democracia, restauração de eleições livres e justas, e o primeiro julgamento de um presidente democraticamente eleito por violações dos direitos humanos), muitos órgãos e ações do governo continuam protegidos pelo manto do sigilo.

No caso de julgamentos bem sucedidos, é importante ressaltar que as informações oficiais são geralmente obtidas por meios não oficiais. Por exemplo, no caso das investigações sobre o Grupo Colina, uma base militar responsável por mais de 50 assassinatos no estilo dos esquadrões da morte durante os anos de 1991 e 1992, as Forças Armadas não colaboraram com a revelação de documentos, mesmo quando os promotores as instaram a fazê-lo.²⁹ Como resposta, em 2002, a juíza Victoria Sanchez, após uma denúncia anônima sobre a localização de documentos relativos às atividades do Grupo Colina, realizou uma visita surpresa à sede da *Comandancia General del Ejército* e ao escritório do Serviço Nacional de Inteligência (SNI) e apreendeu registros que ela considerava essenciais para a investigação.³⁰

Graças a esses documentos, que incluíam ordens relativas à transferência de pessoal, logística e pagamentos – bem como às informações fornecidas por três oficiais militares de média patente que participaram das operações do Grupo Colina e que fizeram delação premiada³¹ –, as autoridades puderam determinar que o Grupo Colina fazia parte da estrutura militar formal e que dependia funcionalmente do SNI, além de reconstruir seu organograma e documentar as operações ao longo de dois anos. A extensa prova documental, neste caso, foi crucial para a condenação de vários autores materiais e intelectuais do massacre de Barrios Altos, bem como de desaparecimentos na Universidade La Cantuta, incluindo, entre outros, o antigo comandante do Exército, general Nicolas Hermoza Rios, o antigo chefe de espionagem, Vladimiro Montesinos, o antigo chefe do SNI, General Julio Salazar Monroe, e, por fim, o ex-presidente Fujimori.³² (Curiosamente, o Exército peruano continuou a negar a existência do Grupo Colina, mesmo após as condenações serem proferidas).

Tais histórias não devem se repetir. Elas aconteceram em um momento político particular, quando um novo governo de transição se comprometeu a investigar os atos do governo anterior. Além disso, como observou a juíza Sanchez, o ministro da Defesa era um civil e apoiou suas ações. Ademais, naquele momento histórico, os militares estavam enfraquecidos em razão do descontentamento público acerca de sua estreita ligação com o governo Fujimori e das denúncias críveis de corrupção. De alguma forma, as Forças Armadas encontraram um novo motivo para se reagrupar e reafirmar sua identidade institucional, a fim de proteger a compreensão de seu papel como “salvadores” da nação peruana em face da ameaça terrorista e de proteger alguns funcionários que atualmente são acusados de crimes contra os direitos humanos. Na realidade, desde 2002, nenhuma ação similar na tentativa de medir evidências documentais foi realizada. É muito frequente, nos dias de hoje, que os juízes solicitem informações com base nas investigações em curso, mas as entrevistas feitas pela autora principal com juízes que julgavam estes casos confirmam que as informações muitas vezes não são fornecidas, ou não estão disponíveis em sua totalidade.

Mais importante ainda, a capacidade de investigadores, juízes e do público de acessar a informação é afetada pela falta de centralização institucional e de aplicabilidade da lei. Nesta área, o Peru poderia aprender com o sistema de liberdade de informação mexicano, criado em 2002. O México desenvolveu duas vantagens importantes em seu sistema. Em primeiro lugar, a legislação criou uma interface centralizada simplificada – o Infomex.org – por meio da qual cidadãos e grupos podem solicitar informações e recorrer aos órgãos competentes. Em segundo lugar, o Instituto Federal de Acesso à Informação (o IFAI, que administra o Infomex.org) é um órgão independente dentro da administração pública federal que lida com recursos, capacita os funcionários públicos e a sociedade civil sobre a legislação de liberdade de informação, monitora o cumprimento, instrui os cidadãos e grupos e os estimula a acessar as informações.

O IFAI tem um bom histórico de resposta para os pedidos de informação e para as apelações às negativas iniciais. Os funcionários e membros do IFAI costumam ser acessíveis e são vistos como comprometidos com a promoção de

uma atmosfera de transparência (SOBEL et al., 2006). O desenho da instituição e seu processo orçamentário, vis-à-vis as agências executivas e legislativas do governo, permitem que tenha um alto grau de autonomia. O IFAI também capacita os funcionários públicos sobre a legislação de LDI e a regulamentação da transparência, sobre como oferecer acesso prévio à informação e como responder aos pedidos feitos por cidadãos e pela sociedade civil. Além disso, o IFAI analisa as negativas dos órgãos em prestar informações e é responsável por garantir que as informações descritas na legislação sejam fornecidas pelo órgão responsável.

O IFAI não tem como fazer cumprir suas ordens de transparência, embora tenha conseguido que os órgãos forneçam as informações solicitadas na maioria dos casos (SOBEL et al., 2006). Os pedidos de informação cuja liberação não pode ser por eles assegurada devem ser encaminhados como casos de não conformidade para o Ministério. Em 2005, apenas cinco casos foram encaminhados (OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, 2006). Uma instituição semelhante, no Peru, contribuiria muito para a criação de uma cultura de transparência e de um padrão para o acesso à informação pública nos órgãos governamentais.

No entanto, mesmo uma instituição independente e capaz, semelhante ao IFAI do México, teria problemas para superar o maior obstáculo ao acesso a informações em casos de violações de direitos humanos no Peru: a falta de vontade política. Os desafios para o acesso do público à informação são muitos, como exemplificamos neste artigo. Além da obstrução nos vários níveis de governo, em órgãos chave que negam informações importantes a juízes e promotores, o acesso à informação no Peru está paralisado por uma miríade de restrições burocráticas e orçamentárias. No entanto, o desafio fundamental à criação de uma cultura ampla de transparência, e especificamente à utilização de importantes informações do governo nos casos de direitos humanos, refere-se à vontade política. Em um estudo comparativo sobre os obstáculos à implementação de sistemas de liberdade de informação na América Latina, o Centro de *Archivo y Acceso a la Información Pública* (CAinfo) observou que, embora:

“[...]uma boa parte das autoridades políticas e dos funcionários públicos no Peru considerem a transparência como uma parte simples de suas atribuições e não como um encargo ou um incômodo [...] a implementação de um sistema profissional de registro é prejudicado por [...] um ambiente culturalmente resistente a essa instituição nos setores militares e policiais

(CAinfo, 2011, p. 55).

Embora esteja fora do escopo deste artigo examinar integralmente a dinâmica política em jogo, é importante ressaltar que, com a eleição de Alan García para um segundo mandato presidencial, em 2006, uma aliança foi forjada entre García, seus colaboradores mais próximos e setores das forças armadas que tinham como interesse comum garantir impunidade para as violações dos direitos humanos. Massivas violações de direitos humanos aconteceram durante o primeiro governo de García (1985-1990), e não é impensável admitir que ele poderia ser responsabilizado por inúmeros crimes, como o massacre de Fronton, em 1986,

o massacre de Cayara, em 1988, ou uma sequência de assassinatos de líderes da oposição durante os últimos anos da década de 1980 sob responsabilidade do Comando Rodrigo Franco, um grupo paramilitar que teria operado dentro do Ministério do Interior e com a cobertura de seu colaborador político próximo, o então ministro do Interior, Agustín Mantilla³³ (Membros do Partido PARA que supostamente participaram também destas operações). Na corrida presidencial de 2006, García escolheu como seu vice-presidente o almirante aposentado da Marinha Luis Giampettri, que liderou os esforços para restabelecer o controle do governo sobre a prisão de Fronton, em 1986. Giampettri foi um ardoroso defensor dos militares ao longo de seu mandato como vice-presidente. Durante o governo de García, o Estado criou uma política de pagar a defesa dos militares acusados de violações dos direitos humanos, apesar de muitas vezes as próprias vítimas carecerem de representação, deixando-as em séria desvantagem.

Muitos foram os esforços para evitar futuros processos por violações de direitos humanos, durante o governo de García. Dois projetos de lei que concederiam anistia aos agentes do Estado, acusados de violações, foram apresentados em 2008, mas nenhum foi aprovado. Um Decreto Lei presidencial (D.L. 1097) que concedia anistia geral foi aprovado em 2010, mas foi recebido com forte oposição interna e internacional e acabou sendo revogado. No entanto, representantes do governo, desde o Executivo até o ministro da Defesa, atacaram frequentemente e veementemente organizações de direitos humanos que representam as vítimas nesses casos, bem como juízes e promotores, acusando-os de “perseguição política” das forças armadas. Em tal clima, fica evidente que há forças maiores em jogo, minando os esforços de vítimas, advogados, promotores e juízes para conseguir acesso à informação pública sobre violações de direitos humanos cometidas no passado.

Embora o discurso público sobre essas questões tenha sido atenuado desde a eleição de Ollanta Humala como presidente, sua própria condição de antigo oficial militar, também acusado de violações de direitos humanos (as acusações foram extintas depois que testemunhas retiraram seus depoimentos), gerou muita especulação sobre o que se poderia esperar em seu mandato. Por um lado, seu governo adotou medidas, como a Iniciativa de Governo Aberto, com bastante empenho, algo que é visto de forma positiva pelos defensores do direito à informação, mas, ao mesmo tempo, decretos lei, tais como o 1129 discutido acima, revelam que é difícil mudar hábitos arraigados. A cultura do sigilo, que subjaz à impunidade no Peru e em outros países da região, continua a ser um desafio permanente para o direito à informação e para o conjunto mais amplo de direitos que esse direito busca facilitar, inclusive o direito à verdade e o direito à justiça.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ACKERMAN, John; SANDOVAL-BALLESTEROS, Irma. 2006. The global explosion of freedom of information laws. *Administrative Law Review*, v. 58, n. 1, p. 85-130, winter.
- AMBOS, Kai. 2011. The Fujimori Judgment. *Journal of International Criminal Justice*, v. 9, n. 1, p. 137-158, mar.
- ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS (APRODEH). 2012. **Access to information in the investigation of Cases of Grave Human Rights Violations in Peru** Audience of the 144th Period of Ordinary Sessions. Inter-American Commission on Human Rights. 26 Mar.
- BANISAR, David. 2006. **Freedom of Information and Access to Government Record Laws around the World**. 30 November. Disponível em: <<http://freedominfo.org/regions/latin-america/peru/>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- BURT, Jo-Marie. 2009. Guilty as charged: the trial of former President Alberto Fujimori for grave violations of rights human. *International Journal of Transitional Justice*, v. 3, n. 3, p. 384-405.
- _____. 2014 (forthcoming). “Rethinking Transitional Justice: The Paradoxes of Accountability Efforts in Postwar Peru.” In *Embracing Paradox: Human Rights in the Global Age*, Edited by Steven J. Stern and Scott Strauss (Madison: University of Wisconsin Press).
- CENTRO DE ARCHIVOS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (CAinfo). 2011. **Venciendo la cultura de secreto: obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina**. Montevideo, Uruguay. Disponível em: <www.adc.org.ar/download.php?fileId=630>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- COLLINS, Cath, BALARDINI, Lorena; BURT, Jo-Marie. 2013. Mapping perpetrator prosecutions in Latin America. *International Journal of Transitional Justice*, v. 7, n. 1, p. 8-28.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2004. **A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación**. Informe Defensorial n. 86. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- _____. 2005. **A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación**. Informe Defensorial n. 97. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- _____. 2006. **El difícil camino de la reconciliación: justicia y reparación para las víctimas de la violencia**. Informe Defensorial n. 112. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- _____. 2007. **El Estado frente a las víctimas de la violencia: ¿Hacia dónde vamos en políticas de reparación y justicia?** Informe Defensorial n. 128. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.

- _____. 2008. **A cinco años de los procesos de reparación y justicia en el Perú: balance y desafíos de una tarea pendiente.** Informe Defensorial n. 139. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- _____. 2011. **La actuación del Poder Judicial en el marco del proceso de judicialización de graves violaciones a derechos humanos.** Informe de Adjuntía no. 004-2011-DP/ADHPD. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- INTER-AMERICAN DIALOGUE. 2004. **Access to Information in the Americas: a Project of the Inter-American Dialogue.** Conference Report. Disponible em: <<http://www.thedialogue.org/PublicationFiles/Access%20Report.pdf>>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- INSTITUTO PRENSA Y SOCIEDAD. 2012. **Communiqué**, December 10. Disponible em: <<http://www.ipys.org/comunicado/1478>>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- LA REPÚBLICA. 2008. **Ejército no apoyó investigación a Colina.** 2008. La República, Lima, Perú, 07 outubro. Disponible em: <<http://www.larepublica.pe/07-10-2008/ejercito-no-apoyo-investigacion-colina>>. Último acceso em: 10 Mar. 2013.
- MENDEL, Toby. 2008. **Freedom of Information: a comparative legal survey.** United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization. Disponible em: <http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/12054862803freedom_information_en.pdf/freedom_information_en.pdf>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- _____. 2009. **Right to information in Latin America: a comparative legal survey.** United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (Unesco). Disponible em: <<http://www.unesco.org/new/en/communication-and-information/resources/publications-and-communication-materials/publications/full-list/the-right-to-information-in-latin-america-a-comparative-legal-survey/>>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- MICHENER, Robert Gregory. 2010. **The surrender of secrecy: explaining the emergence of strong access to public information laws in Latin America.** Thesis (PhD) – University of Texas at Austin University of Texas at Austin (UTexas), United States. Disponible em: <<http://gregmichener.com/Dissertation.html>>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. 2006. **Transparency and silence: a survey of access to information laws and practices in 14 countries.** Disponible em: <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/transparency_20060928.pdf> Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- _____. 2009. **Litigation Claude Reyes v. Chile. Democracy Demands “Maximum Disclosure” of Information.** 20 April. Disponible em: <<http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/claude-reyes-v-chile>>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- _____. 2010. **Litigation Gomes Lund v. Brazil. Brazil Fails to Prevent Impunity, Guarantee Right to Truth and Information.** 1 December. Disponible em: <<http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/gomes-lund-v-brazil>>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.
- PERÚ. 1972. **Decreto Ley N. 19414. Ley de Defensa, Conservación e Incremento del Patrimonio Documental de la Nación.** 16 de mayo. Disponible em: <<http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2008-Mayo-21-05-2008-pagina-37.php>>. Último acceso em: 1º Mar. 2013.

- _____. 1991. **Ley N. 25323**, Ley del Sistema Nacional de Archivos. 11 de jun. Disponível em: <<http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2000-Marzo-30-03-2000-pagina-35.php>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- _____. Constituição [1993]. 2005. **Constitución Política del Perú 1993 con reformas hasta 2005**. Disponível em: <<http://pdpa.georgetown.edu/Constitutions/Peru/per93reforms05.html#titIcapI>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2003. Ley N. 27806. Ley de transparencia y acceso a la información pública. **El Peruano**, Normas legales, p. 249373-4, Lima, jueves 7 de ago. Disponível em: <http://www.peru.gob.pe/normas/docs/LEY_27806.pdf>. Último acesso em: 1º Mar. 2013
- _____. 2010. Decreto Ley N. 1097. Regula la aplicación de normas procesales por delitos que implican violación de derechos humanos. **El Peruano**, Normas e Reglamentos, Lima, p. 424816-17. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/DecretosLegislativos/01097.pdf>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- _____. 2011. Ministry of Defense. Procedimientos para el acceso, clasificación, reclasificación, desclasificación, Archivo y conservación de la información del sector defensa. Resolución Ministerial 392-2011 DE/SG del 28. Directiva General MN-008-2011MDSG-UAIP. Abril.
- _____. 2013. **Decreto Ley N. 1129**. Regula el Sistema de Defensa Nacional. **El Peruano**, Normas e Reglamentos, Lima, p. 492103-4, jueves 4 de abril. Disponível em: <[http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00402.htm/a%C3%B1o360760.htm/mes382638.htm/dia382977.htm/sector382982/sumilla382985.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_DLEG1129](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00402.htm/a%C3%B1o360760.htm/mes382638.htm/dia382977.htm/sector382982/sumilla382985.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_DLEG1129)>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- PERUVIAN TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION. 2003. **Final report**. Disponível em: <<http://www.cverdad.org.pe/ingles/ifinal/index.php>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- RIVERA PAZ, Carlos. 2009. Los jefes no son responsables: Sala Penal Nacional emite vergonzosa sentencia en caso “Los Laureles”. **Revista Ideéle**, Lima, Perú, n. 199. Disponível em: <<http://www.revistaideele.com/archivo/node/553>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- _____. 2012. **La sentencia del caso Barrios Altos**: el nuevo instrumento de la impunidad. Lima, 23 de julho. Disponível em: <<http://carlosrivera.lamula.pe/2012/07/23/la-sentencia-del-caso-barrios-altos-el-nuevo-instrumento-de-la-impunidad/carlosrivera>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.
- ROBERTS, Alasdair. 2001. Structural pluralism and the right to information. **University of Toronto Law Journal**, v. 51, n. 3, p. 243-271.
- SOBEL, David L. et al. 2006. **The Federal Institute for Access to Information in Mexico and a Culture of Transparency**. Project for Global Communication Studies at the Annenberg School for Communication at the University of Pennsylvania. A report for the William and Flora Hewlett Foundation. Philadelphia, PA: Annbenberg School for Communication at the University of Pennsylvania.
- THE GLOBAL NETWORK OF FREEDOM OF INFORMATION ADVOCATES. 2011. **President Rouseff Signs Access to Information Law**. 21 November.

Disponível em: <<http://www.freedominfo.org/2011/11/president-rousseff-signs-access-to-information-law/>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.

TORRES, Natalia. 2011. **El Salvador joins the list of FOI countries**. 11 Mar. Disponível em: <<http://www.freedominfo.org/2011/03/el-salvador-joins-the-list-of-foi-countries/>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.

Jurisprudência

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACHR). 2003. **Case of Mack Chang v. Guatemala**, Judgement of November 25.

_____. 2006. **Case of Claude Reyes v. Chile**, Judgment of September 19.

_____. 2010. **Case of Gomes Lund v. Brazil (Guerrilha do Araguaia)**, Judgement of November 24.

NOTAS

1. Este trabalho concentra-se em violações dos direitos humanos cometidas por agentes do Estado, que, segundo a Comissão da Verdade e Reconciliação peruana, constituem cerca de 37% do total de mortos durante o conflito armado interno, que durou 20 anos. Os julgamentos dos membros dos dois grupos rebeldes armados, Sendero Luminoso e MRTA, não estão sujeitos ao mesmo tipo de exigências em matéria de acesso à informação oficial, pois os acusados não são agentes estatais. Centenas de membros do Sendero Luminoso e do MRTA, incluindo os principais líderes de ambas as organizações, foram processados e estão atualmente cumprindo penas de prisão de durações distintas. lideranças Os líderes foram condenados à prisão perpétua.

2. Este projeto, que se desenvolveu em paralelo e com insumos fornecidos por projetos similares na Argentina e no Chile, é detalhado em: COLLINS; BALARDINI; BURT, 2013.

3. Os relatórios de observações dos julgamentos podem ser vistos no site do projeto, Human Rights Trials in Peru Project, disponível em <<http://www.rightsperu.net/>> no link "Blog/Analysis".

4. A Colômbia foi o primeiro país a promulgar legislação de Liberdade de Informação na América Latina, em 1985.

5. Nota: Bolívia e Argentina promulgaram decretos presidenciais relativos ao acesso à informação em 2005 e 2003, respectivamente, mas não houve codificação legislativa ou constitucional.

6. O tribunal decidiu que a negativa do Estado violou

os direitos das vítimas à liberdade de expressão nos termos do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Chile é signatário.

7. Disponível em: <<http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/claude-reyes-v-chile>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.

8. Disponível em: <<http://www.opensocietyfoundations.org/litigation/gomes-lund-v-brazil>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.

9. Disponível em: <<http://www.cverdad.org.pe/ingles/ifinal/index.php>>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.

10. Cf. Banisar (2006). Disponível em: <freedominfo.org/regions/latin-america/peru/>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.

11. "Nenhuma informação relacionada a violações dos direitos humanos ou das Convenções de Genebra de 1949 será considerada sigilosa, em qualquer circunstância, por qualquer pessoa" (PERÚ, 2003, tradução livre).

12. Nota de Prensa No. 012/2013/DP/OCII, "Organizaciones de la sociedad civil apoyan la creación de una institución garante en materia de transparencia y acceso a la información pública," Lima, 29 de enero de 2013. Disponível em: <<http://www.larepublica.pe/29-01-2013/apoyan-creacion-de-una-institucion-garante-en-materia-de-transparencia-y-acceso-la-informacion-publi>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

13. Esta sessão é fundamentada em uma publicação prévia (BURT, 2009).

14. A afirmação por parte destas cortes de que o

desaparecimento forçado constitui um crime contra a humanidade é de extrema importância para os esforços realizados no Peru para julgar casos de direitos humanos. A maioria das violações de direitos humanos, incluindo como execuções extrajudiciais, o desaparecimento forçado de aproximadamente 15000 cidadãos peruanos, o divulgado uso da tortura e a violência sexual, aconteceram há 25 e 30 anos atrás durante os anos do auge da violência entre 1983 e 1984, e depois novamente entre 1987 e 1990, quando Peru recebeu a distinção duvidosa de possuir o record mundial de desaparecimentos forçados segundo o Grupo de Trabalho de Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas. Os acusados têm tentado que sejam retirados os cargos contra eles, afirmando que o prazo de prescrição pode ser aplicado nos casos que ocorreram há 25 ou 30 anos.

15. Entre os 20 vereditos de culpados, em nove, todos os réus foram condenados, ao passo que em onze, pelo menos um réu foi condenado e pelo menos um foi absolvido.

16. Referimo-nos às sentenças, já que em alguns casos de violações de direitos humanos houve mais de um julgamento, seja porque os réus foram julgados separadamente, seja porque novos julgamentos foram ordenados pela Suprema Corte. Apenas 38 casos de violações de direitos humanos já foram sentenciados. A lista completa pode ser visualizada no site do projeto Peru Human Rights Trials Database Project disponível em: <http://rightsperu.net/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=40&Itemid=58>. Último acesso em: 1º Mar. 2013.

17. Dados compilados pela autora para o Peru Human Rights Trials Database Project. Dados atualizados em 1º de março de 2013.

18. Estes argumentos se encontram mais desenvolvidos em: BURT, 2014 (próxima publicação).

19. No mais recente relatório da Defensoria, em 2008, de 339 acusados e julgados, 264 e 47 eram do Exército e da Polícia Nacional, respectivamente. Dados da pesquisa em curso identificam mais de 650 membros antigos ou atuais das forças de segurança do Estado sob investigação por violações de direitos humanos.

20. Entrevista de Víctor Cubas Villanueva, Fiscal Superior Coordinador de las Fiscalías Penales Supraprovinciales à autora principal, Ministério Público, Lima, julho de 2010.

21. Pelo que sabemos, não há nenhum registro público da existência dessas comissões. Essa informação foi obtida por meio de entrevistas realizadas pela autora principal com funcionários da Defensoria del Pueblo e organizações de direitos humanos que têm conhecimento das comissões. A autora principal tem cópia de um dos relatórios da Comissão.

22. Disponível respectivamente em: <<http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2008-Mayo-21-05-2008-pagina-37.php>> e <<http://www.datosperu.org/tb-normas-legales-oficiales-2000-Marzo-30-03-2000-pagina-35.php>> . Último acesso em: Maio 2013.

23. Tradução livre: "Não existe documentação alguma que permita identificar o efetivo militar que prestou serviços na Base Militar de Putis"

24. Afirmção do Ministro da Defesa Rafael Rey Rey em resposta ao caso Putin. Radio Programa del Perú (RRP). 28 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.rpp.com.pe/2009-09-28-rafael-rey-los-militares-no-tienen-una-proteccion-adecuada-noticia_211882.html>. Último acesso em: Maio 2013.

25. Em *Claude Reyes versus Chile*, a Corte Interamericana reafirmou que o direito de acesso à informação em poder do Estado tem dimensão individual e coletiva, e impõe deveres ao Estado: "[O artigo 13] protege o direito do indivíduo de receber informações (retidas pelo Estado) e a obrigação positiva do Estado de fornecê-las. A entrega de informação a um indivíduo pode, por sua vez, permitir sua circulação pela sociedade, de modo que essa possa familiarizar-se com ela, ter acesso a ela, e avaliá-la [...]". (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IAHCR), 2006. Série C N. 151, par. 77).

26. Entrevista da juíza Victoria Sanchez com a autora principal, sala Penal Nacional, 18 de janeiro de 2013.

27. A Defensoria apresentou uma petição questionando a constitucionalidade do artigo 12 do Decreto Lei 1129. Comunicação pessoal entre a autora principal e Fernando Castañedas da Defensoria. 9 Abr. 2013.

28. Instituto Prensa y Sociedad. *Comuniqué*, 10 de dezembro de 2012, Disponível em: <<http://www.ips.org/comunicado/1478>>. Último acesso em: Maio 2013.

29. "Ejército no apoyó investigación a Colina". *La República*, 7 de outubro de 2008.

30. Entrevista da juíza Victoria Sanchez com a autora principal, Sala Penal Nacional, 18 de janeiro de 2013.

31. Um dos colaboradores no caso do Grupo Colina tinha sido encarregado da logística. Ele forneceu registros telefônicos de vigilância, recibos e registros de despesas, e outros documentos. Entrevista da juíza Victoria Sanchez à autora principal, Sala Penal Nacional, 19 de janeiro de 2013.

32. Devido a motivos que continuam sendo pouco claros, até o momento da redação deste artigo, o caso contra Montesinos e Hermosa Ríos no caso dos desaparecimentos de La Cantuta ainda não tinha passado a fase de julgamento oral. Ambos foram condenados em 2010 como autores intelectuais do massacre de Barrios Altos, o desaparecimento de nove camponeses de Santa, e o assassinato do jornalista Pedro Yauri. A sentença foi confirmada em apelação em 2013.

33. Este caso foi a julgamento em 2013. Uma acusação formal foi realizada no caso de El Frontón, mas no momento da redação deste artigo ainda não tinha ido a julgamento.

ABSTRACT

The world has witnessed a dramatic number of laws protecting freedom of information (FOI) in recent years. This paper examines the role of FOI legislation in allowing society to address past atrocities as well as the obstacles they face in doing so. The experience of access to information in Peru is considered, along with recent obstructions to access and the response from investigators, judges, and civil society organizations.

KEYWORDS

Access to information – Human rights – Peru – Transitional justice – Accountability

RESUMEN

El mundo ha sido testigo en los últimos años de la aprobación de una gran cantidad de leyes que protegen la libertad de información (LDI). Este trabajo examina el rol de la legislación sobre LDI en su capacidad de permitir que las sociedades accedan a la información sobre las atrocidades del pasado, así como los obstáculos que se enfrentan al hacerlo. Se analizará la experiencia de acceso a la información en Perú, así como los recientes obstáculos para acceder a la misma y las respuestas de los investigadores, jueces y organizaciones de la sociedad civil.

PALABRAS CLAVE

Acceso a la información – Derechos humanos – Perú – Justicia transicional – Transparencia



MARISA VIEGAS E SILVA

Marisa Viegas e Silva é advogada e mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (2001), com especialização em Direitos Fundamentais pela Universidade Carlos III de Madri, especialização em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário pela Universidade Externado da Colômbia (2007), Master (2008) e Doutorado em Estudos Avançados em Direitos Humanos pela Universidade Carlos III de Madri (2011).

Atualmente, trabalha como advogada na ONG Justiça Global.

Email: marisa@global.org.br

RESUMO

No ano de 2006, estabeleceu-se no seio da ONU um Conselho de Direitos Humanos, em substituição à Comissão de Direitos Humanos, que existia desde 1946. A criação do novo órgão justificou-se pela necessidade de combater algumas debilidades existentes na época da Comissão, em especial a excessiva “politização”, e de contar com um órgão que respondesse mais agilmente às situações de violação de direitos humanos. O artigo busca analisar de forma crítica o impacto das mudanças introduzidas nesses primeiros anos de atuação, questionando também a validade da politização como argumento para a extinção do principal órgão de defesa dos direitos humanos na ONU. O artigo se baseia nas conclusões da tese de doutorado da autora sobre este mesmo tema, defendida em dezembro de 2011 na Universidade Carlos III de Madri.

Original em português.

Recebido em março de 2013. Aprovado em maio de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Conselho de Direitos Humanos da ONU – Sistemas Internacionais de Proteção – Politização – Transição institucional



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

O CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS: SEIS ANOS DEPOIS*

Marisa Viegas e Silva

1 Introdução

Como é amplamente sabido, no ano de 2006 aconteceu uma importante reforma institucional no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas: a Comissão de Direitos Humanos foi extinta e em seu lugar foi criado um Conselho de Direitos Humanos.

A Comissão de Direitos Humanos atuou durante sessenta anos como o órgão por excelência para a defesa dos direitos humanos no âmbito do sistema universal de proteção. Era um órgão essencialmente político e intergovernamental, que ganhou espaço e ampliou suas funções ao longo dos anos. Foi responsável pela criação dos principais tratados de direitos humanos (como, por exemplo, a Declaração Universal) e no seu seio se desenvolveram os mecanismos não convencionais de proteção dos direitos humanos: o procedimento de denúncias 1503 e os procedimentos especiais (relatores especiais, grupos de trabalho, entre outros).

Apesar dos reconhecidos méritos alcançados pela Comissão durante sua trajetória, nos seus últimos anos este órgão recebia muitas críticas, principalmente relativas ao excesso de interferência política na tomada de decisões, o que é conhecido na linguagem da ONU como “politização”. Essas críticas ecoaram no processo de reforma da ONU e na necessidade de contar com um órgão que tivesse uma maior capacidade de reação frente a violações de direitos humanos. Foi nesse contexto que se deu a substituição da Comissão por um Conselho, no ano de 2006.

Os primeiros anos de funcionamento do Conselho incluíram uma etapa inicial de construção institucional, quando se definiram os mecanismos e procedimentos do novo sistema, órgãos subsidiários foram extintos e renovados, os mandatos dos relatores especiais foram revisados e se instaurou um novo procedimento, a Revisão Periódica

*O presente trabalho sintetizou as principais ideias defendidas na tese de doutorado “El Consejo de Derecho Humanos de las Naciones Unidas”, defendida na Universidade Carlos III de Madrid, Espanha, em dezembro de 2011.

Universal, frequentemente anunciada como o grande diferencial do novo sistema. O documento resultante desse processo de estruturação é a Resolução do Conselho de Direitos Humanos A/HRC/5/1, de 2007. Esse documento, juntamente com a Resolução 60/251, de 2006, estabelece as bases para a atuação do órgão recém-criado.

Atendendo à disposição da Resolução 60/251, no primeiro semestre de 2011 o Conselho se submeteu a um duplo processo de revisão, que incluiu uma reflexão interna sobre seu trabalho e funcionamento nos seus cinco anos de vida, como também uma avaliação por parte da Assembleia Geral sobre a pertinência ou não de elevar o status jurídico do Conselho à condição de órgão subsidiário da ONU.

O Conselho de Direitos Humanos da ONU manteve sua sede na cidade de Genebra, na Suíça (na mesma sede da Comissão), e começou suas atividades no mesmo ano em que foi criado. Foi concebido com a tarefa de consolidar um sistema de proteção dos direitos humanos com base nos avanços da Comissão, mas superando os problemas de que esta padecia. Para isso, o Conselho se diferenciou da Comissão nos seguintes aspectos, entre outros:

- 1) No que diz respeito à sua *estrutura*, o Conselho passou a ser um *órgão subsidiário da Assembleia Geral* e não mais do Conselho Econômico e Social, como era o caso da sua antecessora. Essa modificação está diretamente relacionada à reivindicação de um Conselho de Direitos Humanos como órgão principal da ONU;
- 2) O Conselho começou a gozar de uma *natureza semipermanente*, no sentido de que o período de sessões ordinárias do órgão foi dividido, para que o Conselho se reunisse várias vezes ao ano e não só uma vez, como era o costume no órgão antigo. Assim, o Conselho conta com três períodos de sessões ordinárias por ano, com uma duração total não inferior a dez semanas, e também está dotado de um mecanismo flexível para organizar sessões fora dos períodos de encontro regular. Essa medida está relacionada à reivindicação de um órgão que ofereça respostas mais ágeis às situações de violação dos direitos humanos;
- 3) O novo órgão também sofreu uma *ligeira modificação no número de membros que o compõe e nos critérios de seleção de seus membros*. O número de membros do Conselho foi reduzido: passou dos 53 que existiam na época da Comissão aos atuais 47. Da mesma forma, estabeleceu-se um sistema de eleição direta, individual e secreta para selecionar ditos membros; modificou-se o número de cadeiras por grupo regional; restringiu-se o número de reeleições, evitando a existência de membros permanentes *de facto* como era comum na época da Comissão; estimulou-se a apresentação de promessas e compromissos voluntários de campanha para os Estados candidatos; estipulou-se a obrigação do membro do Conselho de apresentar-se em caráter prioritário à Revisão Periódica Universal; e introduziu-se a possibilidade de suspender um Estado membro no caso de grave conduta violadora dos direitos humanos;
- 4) Os órgãos subsidiários que existiam na época da Comissão foram extintos ou renovados, com destaque para a extinção do principal órgão de assessoria técnica da Comissão de Direitos Humanos: a Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos;

- 5) No âmbito dos mecanismos não convencionais, a Resolução da Assembleia Geral 60/251, que criou o Conselho, previu a revisão e o aperfeiçoamento do sistema de Procedimentos Especiais e do Procedimento 1503 (ou procedimento de denúncias);
- 6) Com relação às funções do Conselho, este mantém basicamente o mesmo mandato da Comissão, que consistia em atividades de redação, promoção e proteção, com o diferencial da Revisão Periódica Universal;
- 7) Finalmente, instaurou-se um mecanismo denominado Revisão Periódica Universal, para fazer um exame da situação de direitos humanos da totalidade dos Estados membros da ONU. Tal exame universal foi realizado num período de quatro anos no primeiro ciclo e, a partir do segundo ciclo, a previsão é a de que finalize ao cabo de quatro anos e meio. O objetivo da revisão é permitir um tratamento igualitário dos Estados e evitar a parcialidade na hora de decidir quais países terão sua situação de direitos humanos avaliada pelo Conselho, questão diretamente relacionada com o debate sobre o combate à politização.

Neste artigo não voltaremos aos detalhes da já tão debatida transição institucional Comissão/Conselho, mas passaremos diretamente à reflexão sobre o impacto das modificações inseridas pelo Conselho nos seus primeiros anos de atividade, para mostrar tanto *a fragilidade do argumento da politização como justificativa para extinguir a Comissão quanto a inadequação dos remédios utilizados para alcançar o objetivo proposto de combatê-la*. Passemos, então, a analisar as referidas modificações.

2 Sobre a condição de órgão subsidiário da Assembleia Geral

Apesar de o Conselho de Direitos Humanos ter mantido a mesma natureza subsidiária que caracterizava também a Comissão de Direitos Humanos, com o objetivo de aumentar sua legitimidade e importância optou-se pela sua criação como órgão subsidiário da Assembleia Geral e não mais do Conselho Econômico e Social. Mesmo que de um ponto meramente formal não tenha havido uma mudança significativa no status do novo órgão, de uma perspectiva política essa mudança existiu (BOYLE, 2009, p. 12).

Isso devido ao caráter ostentado pela Assembleia de ser o principal fórum da ONU, onde se encontra representada a universalidade dos membros da Organização, o que deu aos direitos humanos uma nova visibilidade, questão essencial na seara da proteção internacional desses direitos. Neste sentido, a mudança de nome de Comissão para Conselho foi uma estratégia política e não simplesmente nominalista de aproximar o Conselho de Direitos Humanos do Conselho de Segurança e do Conselho Econômico e Social.

É importante contextualizar o debate que reivindica o Conselho de Direitos Humanos como um órgão principal das Nações Unidas. Assim, uma parte central do impulso para a reforma das instituições de direitos humanos da ONU pode ser atribuída à crescente importância que tais direitos foram adquirindo na Organização ao longo das décadas, até chegar ao ponto de serem reconhecidos como um dos pilares

da ONU, ao lado do desenvolvimento e da segurança. Seguindo essa lógica, se os outros dois pilares contam com seu Conselho próprio (Conselho de Segurança e Conselho Econômico e Social), reconhecidos na Carta de São Francisco como órgãos principais da Organização, os direitos humanos igualmente deveriam ter o seu conselho, também com natureza de órgão principal.

Em termos formais, é válido registrar que a Resolução 60/251, que criou o Conselho de Direitos Humanos, previu que tal caráter subsidiário seria revisado ao final do ciclo de cinco anos, com o objetivo de decidir sobre a elevação desse status para o de órgão principal. A dificuldade desta última opção reside não só nas consequências políticas da decisão, mas também em questões formais, como a dificuldade para modificar a Carta das Nações Unidas, condição indispensável para a criação de um novo órgão principal.

Com relação ao status jurídico do Conselho, *a Assembleia Geral decidiu mantê-lo como órgão subsidiário, prevendo um novo debate no futuro*, que deve ocorrer não antes de dez anos nem depois de quinze anos contados a partir da revisão de 2011. Logo, apesar da inquestionável coerência da reivindicação para que, da mesma forma que desenvolvimento e segurança, os direitos humanos contem com um órgão de caráter principal na estrutura organizacional da ONU, com base no processo de revisão de 2011 pode-se afirmar que a posição dos diferentes Estados membros da ONU não evoluiu substancialmente nos últimos anos. A este respeito, sem desconhecer a importância de dar aos direitos humanos o lugar institucional que lhes corresponde no seio da ONU, defendemos que de um ponto de vista prático não é certo que a elevação do status do Conselho à condição de órgão principal da Organização seja uma questão crucial nem para o efetivo funcionamento do órgão nem para sanar as fraquezas que afetavam sua antecessora.

Isso porque se olharmos a atuação da Comissão de Direitos Humanos, na sua qualidade de órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social, pode-se afirmar que ela foi um órgão bastante operativo e funcional, tendo alcançado muitos resultados relevantes ao longo dos sessenta anos da sua existência. Tantos resultados positivos foram acumulados por ela, que se gerou um movimento por debilitá-la como sistema. Neste contexto, a condição de órgão subsidiário de um órgão principal da ONU não parece ter significado um obstáculo grave ao desempenho das suas funções. Também não se pode afirmar que a elevação do Conselho à condição de órgão principal ajudaria a alcançar o objetivo anunciado pela reforma: o combate à politização.

Durante suas primeiras décadas de trabalho, como explica Alston, enquanto exerceu uma função mais técnica e evitou decisões políticas de maior envergadura, a Comissão pôde atuar sem a crítica da politização. Com o passar do tempo, ao ampliar suas funções e aumentar o número de membros, refletindo de maneira mais realista os jogos de poder e as tensões do mundo internacional, os ataques começaram a chegar. (ALSTON, 1992, p. 129-130). Também para Humphrey, o argumento da politização apenas começa a ser utilizado quando os Estados passam a levar mais a sério o trabalho da Comissão (HUMPHREY, 1989, p. 203). Adicionalmente, o conceito de politização varia de acordo com o grupo político que utiliza o termo (CHETAIL, 2007, p. 140). Todas estas considerações, entre outras, nos permitem afirmar que o argumento da politização foi utilizado com o intuito de debilitar a Comissão.

3 A semipermanência do Conselho de Direitos Humanos

O segundo aspecto do Conselho que foi considerado uma melhora na sua natureza jurídico-institucional foi a duração das sessões e sua distribuição ao longo do ano. Assim, a Comissão de Direitos Humanos só se reunia uma vez ao ano pelo período de seis semanas, razão pela qual se concentrava nesta única sessão todas as questões importantes, resultando na prática no esquecimento desses temas por todo o resto do tempo até a sessão seguinte, quase um ano depois (KALĽN; JIMENEZ, 2003, p. 14).

Além da dificuldade para gerir seu tempo devido à concentração das suas atividades num único período de sessões, existia também a dificuldade para reagir frente a situações graves que ocorressem no longo período entre as sessões, como também a deficiência na hora de dar seguimento às situações já existentes (SCANNELA; SPLINTER, 2007, p. 46).

Com tal preocupação em mente, a Resolução 60/251 previu que o Conselho se reuniria pelo menos três vezes ao longo do ano, incluído um período principal de sessões, com uma duração total não inferior a dez semanas. Da mesma forma, o novo órgão foi dotado de um mecanismo flexível para organizar encontros fora do período ordinário de sessões, com o objetivo de dar agilidade na hora de tratar de assuntos relacionados a crises iminentes e particularmente graves. Apesar de que a estrutura do novo órgão foi pensada para ser semipermanente, *na prática ele funciona quase como um órgão permanente*, devido à frequência com que se reúne.

Durante o processo de revisão ocorrido no primeiro semestre de 2011, apesar de ter havido propostas para reduzir o número de sessões ordinárias para duas, no lugar das três inicialmente previstas, não ocorreu nenhuma mudança neste sentido.

O fato é que a natureza semipermanente do órgão efetivamente foi traduzida em um *importante aumento de sua atividade* em comparação com a Comissão, possibilitando uma *resposta mais imediata às situações de emergência em direitos humanos*, como temos observado nas resoluções aprovadas pelo Conselho em temas como o golpe de Estado em Honduras, o terremoto no Haiti e a situação dos direitos humanos na Líbia e na Síria.

Como inconveniente da nova natureza semipermanente, podemos destacar a diluição da publicidade e atenção que gerava a realização de uma única sessão, reunindo diferentes atores de distintas regiões do mundo para intercambiar ideias e realizar denúncias. Outro fator importante, também relacionado à questão anterior, é o aumento dos custos para os participantes – tanto organizações não governamentais, como instituições nacionais de direitos humanos e até mesmo os pequenos e médios Estados –, que, ao vir em sua maioria de outras partes do mundo, encontram dificuldades para estar presentes regularmente nas sessões do Conselho (INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, 2010, 2011).

4 A composição do Conselho de Direitos Humanos

Como já mencionamos anteriormente, um dos fatores mais criticados na extinta Comissão era sua composição, devido a que uma das principais justificativas utilizadas para extinguir a Comissão foi a suposta “má qualidade” de alguns de

seus membros, que contariam com um histórico de má conduta na aplicação dos direitos humanos (ALMQVIST; GOMEZ ISA, 2006, p. 42).

É importante lembrar que os debates sobre a composição do Conselho se centraram, por um lado, em aspectos quantitativos, mais concretamente no número de membros e na distribuição geográfica de cadeiras, mas também em aspectos qualitativos.

Com relação aos *aspectos quantitativos*, foram deixadas de lado as principais sugestões na matéria (a de universalizar a composição do Conselho, por um lado, e a de reduzi-la consideravelmente, por outro), mantendo-se praticamente o mesmo número de membros que existia na época da Comissão, com uma leve diminuição do número de cadeiras, totalizando atualmente 47 membros.

Com relação aos *aspectos qualitativos*, a problemática girava ao redor de um Conselho de Direitos Humanos composto por membros selecionados pelo critério do verdadeiro comprometimento com o trabalho do órgão ou, ao contrário, onde prevaleceria, uma vez mais, o princípio da igualdade soberana dos Estados. Essa reflexão teve início durante o funcionamento da Comissão e se acentuou no debate sobre o novo órgão.

Em primeiro lugar, é interessante mencionar que essa problemática é resultado do reconhecimento implícito do valor e da evolução do trabalho da Comissão de Direitos Humanos, já que tal preocupação não existia anteriormente (ALSTON, 2006, p. 191). No princípio das suas atividades, a Comissão se restringiu a elaborar normas internacionais de direitos humanos, eximindo-se por muitos anos de qualquer apreciação política sobre situações internas relativas a tais direitos ou sobre temas afins. Com o passar do tempo, a Comissão ampliou seu âmbito de atuação e gradualmente foram surgindo novas atividades, como, por exemplo, os mecanismos não convencionais de proteção e a análise da situação de direitos humanos dos países, o que levou alguns Estados a uma tendência de debilitar o trabalho e a autoridade do órgão. Uma das maneiras encontradas para isso foi participar da Comissão para se proteger de críticas, jogando com a condição de membro e debilitando a credibilidade do órgão (NACIONES UNIDAS, 2005, para. 182).

O resultado final desse debate na estrutura do Conselho resultou, como vimos, na aprovação de critérios de elegibilidade para os candidatos a membros, o estabelecimento de compromissos para os Estados membros eleitos, a restrição do número de reeleições (evitando assim a existência de membros permanentes *de facto*) e a possibilidade de suspensão dos membros com base em grave conduta violadora dos direitos humanos (NACIONES UNIDAS, 2006, para. 7, 8 e 9).

Apesar do estabelecimento de um compromisso concreto de cooperar ser um sinal positivo, a disposição legal peca pela sua abstração e vagueza. Para tornar a formulação mais objetiva, passou-se a exigir que o Estado membro participe da Revisão Periódica Universal durante o seu mandato e criou-se a possibilidade de suspender os membros do Conselho que cometerem violações graves e sistemáticas dos direitos humanos durante o período em que atuem como membros, possibilidade que foi utilizada no caso da Líbia (NACIONES UNIDAS, 2011).

Para suspender um membro do Conselho, é exigida uma maioria de dois terços dos membros presentes e votantes da Assembleia Geral, quando a eleição de membros exige maioria de dois terços. Logo, a situação denunciada deve ser verdadeiramente séria e a margem de votos exigidos para que a suspensão ocorra é bastante alta. Aliás, não está prevista em nenhuma circunstância a expulsão de um membro, mas tão somente sua suspensão. Apesar disso, o mero reconhecimento dessa possibilidade por parte da Resolução 60/251 já deve ser visto como algo positivo.

5 O Comitê Assessor como o órgão de assessoria técnica do Conselho de Direitos Humanos

Conforme adiantamos, por ocasião da criação do Conselho de Direitos Humanos, a Resolução 60/251 determinou que esse órgão assumisse e revisasse, entre outros, os órgãos subsidiários e de assistência técnica do Conselho. Tal disposição resultou, como vimos, na extinção da Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos e na criação do Comitê Assessor do Conselho.

O Comitê foi criado com um número reduzido de membros – apenas 18, uma redução considerável se comparado com os 26 que existiam na época da Comissão – e com autorização para celebrar até dois períodos de sessão anual, com um máximo de 10 dias cada - em vez das três semanas de que dispunha a Subcomissão. No que se refere à seleção dos membros, o processo continua sendo exclusivamente intergovernamental, apesar das diversas propostas para incluir outros atores nesse sistema.

Com relação às suas funções, o Comitê Assessor manteve o mandato de gerar conhecimento para o Conselho por meio de estudos e relatórios. Assim, nestes primeiros seis anos de atividade, o Comitê examinou um variado leque de temas, resultando numa ampla produção normativa que inclui a elaboração de projetos de declaração e de princípios e diretrizes, estudos finais, além da análise de outros vários assuntos de caráter substantivo.

É imprescindível registrar que a Resolução A/HRC/RES/5/1 de 2007 (NACIONES UNIDAS, 2007) limitou expressamente o âmbito de atuação do Comitê, obrigando-o a atuar exclusivamente nos casos em que o Conselho de Direitos Humanos solicite. Isso se traduz, em outros termos, na extirpação do direito de iniciativa, que foi criado e consolidado no âmbito da Subcomissão e que, como é de conhecimento comum, tanto contribuiu para a evolução da proteção internacional dos direitos humanos.

Outra modificação relevante foi a proibição de criar órgãos subsidiários (os que existiam na época da Subcomissão foram extintos ou foram transformados em órgãos subsidiários do próprio Conselho de Direitos Humanos) e de adotar resoluções ou decisões próprias (NACIONES UNIDAS, 2007, para. 77, 81). Logo, podemos concluir que, ao menos no caso do Comitê Assessor, a transição institucional Comissão/Conselho resultou numa redução significativa das prerrogativas e da capacidade de ação do órgão, influenciando a produção de uma reflexão acadêmica independente e de qualidade no seio do principal órgão de direitos humanos da ONU.

6 Os procedimentos especiais nos primeiros anos de atividade do Conselho

Como já mencionamos e como era de se esperar, até pela relevância que esses mecanismos tinham na Comissão de Direitos Humanos, a resolução que criou o Conselho manteve os procedimentos especiais, além de prever a revisão e o aperfeiçoamento do sistema.

Assim, a etapa inicial dos procedimentos especiais no Conselho esteve marcada pelo processo de revisão, criação e extinção de mandatos. Com relação à revisão dos mandatos, esta não supôs uma reflexão real sobre o conteúdo e eficácia dos mandatos em si mesma, sendo observado que em linhas gerais o sistema se manteve mais ou menos o mesmo, com a extinção de alguns mandatos, como o da República Democrática do Congo, e a criação de outros, como o mandato sobre o acesso à água potável e saneamento e o mandato sobre as formas contemporâneas de escravidão.

A revisão dos *mandatos temáticos*, em regra, foi tranquila, com a exceção de alguns assuntos, como a liberdade de religião e de credo, a situação dos defensores de direitos humanos, a liberdade de expressão e de opinião, a tortura e outros tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes; as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, nos quais houve tensão e ataques contra os especialistas. O caso dos mandatos por países, um dos temas mais controvertidos desde a época da Comissão, também alcançou seu grau de tensão, como era previsível.

Com relação ainda às *situações por países*, vale a pena registrar que estas também foram abordadas no âmbito das sessões extraordinárias do Conselho, as quais foram abundantes nestes primeiros anos. Assim, neste período, o Conselho tratou da situação dos direitos humanos na Palestina e Territórios Árabes Ocupados, no Sudão, na República Democrática do Congo, na Costa de Marfim, na Líbia, na Síria, dentre outros. De todos esses, o tema que mais ocupou a atenção do Conselho neste período, como também acontecia na época da Comissão, foi o da Palestina e outros Territórios Árabes Ocupados, que mereceu a maior parte das sessões especiais e um grande número de resoluções, decisões e estudos.

Com relação ao trabalho de *proteção* dos procedimentos especiais, este se manifestou na continuidade da prática de estabelecer diálogos interativos com os titulares de mandato, na definição e estabelecimento de um novo processo de seleção e nomeação dos especialistas, além da redação e aprovação de um Código de Conduta para os mesmos. A este respeito, o novo processo de nomeação oferece a vantagem de ser mais transparente, quando comparamos com o que se realizava na Comissão, e de permitir tanto uma maior participação estatal, quanto um maior controle político sobre a decisão do Presidente do Conselho, ainda que seja inegável, como é de se supor em um órgão de natureza eminentemente política como é o caso do Conselho, o papel das negociações políticas na nomeação.

Com respeito ao Código de Conduta para os procedimentos especiais, a redação do documento suscitou desde o princípio bastante controvérsia, em especial pelo receio de que fosse utilizado como instrumento para debilitar o sistema. Como a prática tem demonstrado, apesar da vantagem de dar previsibilidade à execução dos procedimentos especiais, dando um passo adiante na sua institucionalização,

tal documento também simboliza o risco de servir de instrumento para restringir a independência dos titulares de mandatos de procedimentos especiais. Com efeito, no trabalho do Conselho todos os mandatos renovados passaram a incluir uma referência ao Código e em seu segundo ano de atividades o Conselho estabeleceu uma ferramenta formal para vetar a renomeação automática de um titular de mandato no caso de um suposto descumprimento do Código de Conduta. Da mesma forma, na 11ª sessão, o Conselho voltou a aprovar uma resolução recordando aos titulares de mandatos a obrigação de exercer suas funções em estrito cumprimento ao referido documento. Outrossim, nestes primeiros anos de trabalho, a referência ao Código de Conduta é praticamente obrigatória no texto da resolução de criação ou renovação dos mandatos e tem sido utilizada como ferramenta para criticar o trabalho dos especialistas, no caso de discordância com relação ao conteúdo de um estudo ou com relação a alguma prática adotada pelo titular de mandato.

7 O procedimento de denúncias nos primeiros anos de atividade do Conselho

Da mesma forma que ocorreu com os procedimentos especiais, o procedimento de denúncias foi mantido no novo Conselho, sob uma roupagem “nova”, que na verdade é bastante similar à anterior, principalmente por manter a questionável característica da confidencialidade. A confidencialidade significava que chegavam a conhecimento público apenas os nomes dos países que estavam sendo examinados ou que deixavam de ser investigados por meio do procedimento 1503, de forma que nem mesmo o autor de denúncia podia acompanhar o processo. Com a transição institucional para o Conselho, além de mudar de nome para “novo” procedimento de denúncia e deixar de lado definitivamente a referência a “procedimento 1503”, as novidades que se introduzem no sistema se referem ao abrandamento dos requisitos de admissibilidade, à maior frequência com que se reúnem os grupos de trabalho responsáveis por analisar os casos, ao grau de informação fornecido ao autor da denúncia (que é um pouco maior, apesar da limitação da confidencialidade), à possibilidade de o denunciante solicitar que sua identidade não seja fornecida ao Estado, ao estabelecimento de prazos (tanto para que o Estado apresente informações como para que o Conselho aprecie o caso) e à possibilidade de o Conselho recomendar, como solução final, que o Escritório do Alto Comissário para os Direitos Humanos preste assistência técnica ao Estado denunciado.

Com relação à *prática* do procedimento de denúncias, passado um período inicial de estruturação, o Conselho foi relativamente produtivo em analisar e decidir sobre as situações apresentadas por meio desse instrumento. Diante da ausência de dados públicos para se avaliar se as modificações introduzidas com o “novo” procedimento têm significado uma efetiva melhora do mecanismo com relação à Comissão – por exemplo, se a flexibilização do requisito de admissibilidade de fato tem repercutido num aumento do número de demandas apresentadas, ou se o fato de os peticionários serem informados com mais frequência sobre os passos do procedimento tem resultado num maior grau de satisfação com o sistema –, com base na informação disponível nos relatórios anuais do Conselho somente podemos afirmar que a maior parte dos casos examinados foram descontinuados.

De uma maneira geral, resta concluir que a falta de dados públicos – consequência direta da confidencialidade – tem por resultado um desinteresse geral no procedimento, o que pode ser observado claramente no pouco material doutrinário e de ONGs disponível sobre o tema. Durante estes primeiros seis anos de funcionamento, foi praticamente impossível encontrar algum texto que falasse do procedimento 1503 que fosse além da descrição do caráter geral da transição. Esta afirmação se aplica não apenas aos relatórios de organizações como Human Rights Watch, Serviço Internacional para os Direitos Humanos ou Conectas, que acompanham o trabalho do Conselho de forma regular, mas também ao trabalho de inúmeros autores que se debruçaram sobre o trabalho do novo órgão e aos próprios relatórios anuais do Conselho de Direitos Humanos. Ainda que o novo procedimento de denúncias tenha atacado – ao menos parcialmente – dois dos importantes problemas do procedimento 1503 (como a demora na tramitação e a escassez de informação para o denunciante), do nosso ponto de vista, uma melhora real do procedimento passa necessariamente por um abrandamento do traço de confidencialidade, cenário que não parece muito provável no momento, tendo em vista a oportunidade perdida durante o processo de revisão do funcionamento do Conselho, finalizado em março de 2011, e que manteve intacto o procedimento de denúncias.

8 A Revisão Periódica Universal

A Revisão Periódica Universal (RPU) é considerada uma novidade trazida pelo Conselho de Direitos Humanos, já que não existia na época da Comissão. Por esta razão, e também porque foi proposta como um dos principais mecanismos para combater a politização – para não dizer o principal – sua introdução no sistema de proteção dos direitos humanos da ONU foi bastante celebrada. Entre suas características mais relevantes, podemos destacar: a avaliação da situação de direitos humanos de todos os Estados membros da ONU em ciclos de quatro anos (primeiro ciclo) e quatro anos e meio (a partir do segundo ciclo), a natureza cooperativa e fortemente intergovernamental da revisão, a plena participação do Estado examinado na revisão e o caráter não vinculante das recomendações, entre outros.

Com relação à aplicação prática da RPU durante o primeiro ciclo, esta esteve marcada pela indefinição que costuma acompanhar os mecanismos recém-instituídos de um órgão que, em si mesmo, é igualmente jovem. No tocante às recomendações formuladas – que, ressalte-se, têm natureza individual – estas se caracterizaram por sua heterogeneidade (foram apresentadas recomendações de todo tipo: as objetivas, as muito gerais, as vazias e até as contrárias às normas de direitos humanos¹) e abundância (a produção de recomendações foi bastante alta²). Igualmente variadas foram as respostas dos Estados às recomendações, o que incluiu não apenas a negativa ou aceitação, mas ainda a utilização frequente da tática de postergar a apreciação de uma recomendação para um momento posterior ou de sutilmente rechaçá-la. Tudo isso faz com que fatores supostamente apresentados como positivos (como o alto número de recomendações formuladas e a alta porcentagem de aceitação das recomendações) sejam indicadores relativos de efetividade na avaliação do procedimento.

No que diz respeito ao desenvolvimento da Revisão, no diálogo interativo que

se realiza durante o processo de revisão foram observadas, entre outras, as seguintes tendências: a presença de “Estados amigos” para emitir comentários favoráveis durante a revisão, evitando assim o aprofundamento do debate noutros temas realmente de interesse; a escassez de comentários verdadeiramente críticos e a predominância de comentários elogiosos;³ a tendência entre os Estados de concentrar-se, como regra geral, nos temas de seu próprio interesse ao invés de concentrar-se nos problemas de direitos humanos do Estado examinado.

Observe-se que o objetivo da RPU não é de duplicar o trabalho já exercido pelos órgãos para fiscalizar a aplicação dos tratados de direitos humanos e os procedimentos especiais, mas complementá-lo. Neste sentido, a RPU distingue-se desses outros mecanismos por algumas características, como seu caráter essencialmente interestatal, o fato de que as recomendações emanam do Estado individualmente e não do Conselho como órgão; a possibilidade de aceitação ou rejeição da recomendação por parte do Estado examinado, com a consequência de que somente as recomendações aceitas devem ser implementadas; a universalidade da revisão e dos direitos objetos da revisão. Ainda a este respeito, durante os primeiros anos de atividade há registros de intercâmbio positivo de informação entre a RPU e os demais mecanismos – por exemplo, algumas recomendações formuladas durante o RPU foram utilizadas pelos órgãos encarregados de verificar o cumprimento dos tratados de direitos humanos ou pelos procedimentos especiais e, por outro lado, muitos Estados utilizaram sua participação na RPU para comentar suas atividades perante aqueles mecanismos, ou para realizar recomendações a terceiros países relativas a tais mecanismos.⁴ Podemos afirmar, inclusive, que em certo sentido a Revisão Periódica Universal tem funcionado como ferramenta de estímulo à implementação das obrigações dos procedimentos especiais e dos órgãos estabelecidos em virtude dos tratados.⁵

Como aspectos positivos destes primeiros anos da Revisão, poderíamos destacar, dentre outros, a possibilidade de realizar um exame da situação dos direitos humanos em todos os Estados membros das Nações Unidas; a ampla participação dos Estados no processo; a possibilidade de construir um espaço de diálogo entre Estados e ONGs e a criação de uma ideia de conjunto com o sistema de proteção dos direitos humanos da ONU. Como dificuldades, ressaltaríamos a insuficiência e má distribuição do tempo para a revisão; o número excessivo de recomendações, além da sua heterogeneidade; a ausência de assessoria de especialistas em direitos humanos durante o processo (TARDU, 2007, p. 975.); o reduzido espaço para a participação de atores não estatais, como as ONGs, e a questionável sustentabilidade financeira do mecanismo (INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS, 2009, p. 7-8).

Quanto ao primeiro ponto, ao observarmos o tempo oferecido aos Estados membros e observadores durante a revisão, percebemos que a demanda superou em muito a oportunidade temporal para intervir. Na revisão da China durante o primeiro ciclo, por exemplo, 115 delegações se inscreveram para falar durante o diálogo interativo; no caso de Cuba, houve 110 solicitações para falar; e, no da Federação Russa, foram 73. A participação de todos inscritos era claramente inviável tendo em vista as duas horas previstas pelo procedimento. Com relação ao número excessivo de recomendações, apenas a título de exemplo, até a 8ª sessão do RPU (em maio de 2010) tinham sido emitidas 12.384 recomendações, uma média de 1.548 recomendações por sessão.

Com relação ao reduzido espaço para participação de outros atores não estatais, lembre-se que as ONGs não podem intervir diretamente no diálogo interativo da Revisão Periódica Universal, mas sua contribuição se restringe à faculdade para apresentar um relatório de no máximo cinco páginas, cujo conteúdo servirá de suporte para que o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos elabore um dos três documentos que servirão de base para o Estado examinado. A outra oportunidade para colaboração ocorre durante os 20 minutos disponíveis em total por ocasião do debate do relatório final no pleno do Conselho. A limitada participação das ONGs deixa como caminho óbvio o trabalho de lobby diretamente com as missões diplomáticas dos Estados, principalmente no âmbito das “delegações amigas”, para conseguir que estas intercedam ante os demais Estados nos seus temas de interesse. O segundo ciclo da RPU começou em maio de 2012 e trouxe algumas novidades procedimentais introduzidas por ocasião da revisão do funcionamento do Conselho, realizada no primeiro semestre de 2011. Assim, o tempo das sessões aumentou em meia hora (com 10 minutos a mais para o Estado examinado e 20 minutos extras para os demais Estados), além da implementação de novas regras para a lista de oradores. O volume das recomendações continuou sendo alto ao longo do primeiro ano do segundo ciclo, sem que isso resultasse em maior precisão e clareza das mesmas.

Finalmente, como principal desafio para o futuro do mecanismo, apontaríamos a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a noção de diálogo cooperativo e exercício de crítica construtiva e, sobretudo, o imperativo de superar a prática estabelecida por um grande número de Estados de utilizar a Revisão Periódica Universal como instrumento político para a defesa dos seus interesses e não como um instrumento para a promoção e proteção dos direitos humanos, que é a função para a qual foi criado. Outra questão crucial, e a nosso ver determinante para uma avaliação sobre o real êxito da RPU no futuro, é a necessidade de dar seguimento efetivo às recomendações formuladas durante a revisão do ciclo anterior.

9 Algumas anotações sobre a politização como justificativa para a extinção da Comissão e criação do Conselho

Entendemos que não é possível uma análise adequada dos resultados das modificações introduzidas pelo Conselho sem abordar a questão da politização, que foi o motivo (ao menos o alegado) para empreender a mudança. Neste sentido, consideramos questionável uma das principais justificativas apresentadas para a extinção da Comissão e a criação do Conselho: o combate à politização, por outro lado, defendemos que os remédios criados para mitigar o problema não são os adequados.

Sobre esse aspecto, é essencial recordar que tanto a Comissão como o Conselho foram criados como órgãos políticos intergovernamentais, compostos de representantes dos diversos Estados membros da ONU, o que confere uma natureza essencialmente política às suas atividades, que não se extingue com modificações meramente formais na sua estrutura.

Assim, não é por uma simples casualidade que as mesmas críticas que se dirigiam à Comissão são as que se dirigem hoje ao seu sucessor (“business as usual”).

A acusação de politização deve-se, em essência, à natureza política do órgão e isso não se apaga automaticamente por meio de alguns consertos institucionais essencialmente formais. Mesmo havendo, na época da extinção da Comissão, uma unanimidade sobre a existência do excesso de influência política no seu trabalho, tal unanimidade não se aplicava às razões com que cada grupo formulava esse diagnóstico, com opiniões variando entre os que entendiam que a politização se devia a uma excessiva intromissão e uma atuação seletiva da Comissão nos países e os que defendiam, pelo contrário, que a Comissão deveria exercer uma fiscalização mais ativa. Num contexto como esse, a tentativa de acabar com a politização num órgão como o Conselho de Direitos Humanos é irreal, para não dizer ingênua ou falaciosa.

Essa opção política é patente desde a decisão inicial de que a Comissão de Direitos Humanos fosse instituída como um órgão intergovernamental, em 1946, até a decisão da Assembleia Geral da ONU em 2006 de manter esta mesma estrutura para o Conselho de Direitos Humanos. Sobre esse aspecto, convém lembrar que o fato de que ele seja um órgão intergovernamental não é necessariamente ruim. Como sabemos, as decisões adotadas por um órgão composto por representantes estatais têm a vantagem de que já estão dotadas de uma dose importante de realismo político e possuem mais possibilidade de serem implementadas do que as decisões adotadas por organismos compostos exclusivamente por especialistas. Ademais, temos o exemplo da mesma Comissão de Direitos Humanos, que era um órgão intergovernamental, mas que, apesar de todas as críticas que lhe foram feitas e das restrições em seu mandato, teve uma importante trajetória na evolução e contribuição para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nada impede que aconteça o mesmo com o Conselho, ainda que, no momento, qualquer afirmação nesse sentido resulte prematura.

Se o objetivo da reforma tivesse sido realmente o de amenizar o peso das influências políticas no trabalho do novo órgão, o caminho a adotar deveria ter sido o de introduzir uma participação maior de especialistas no trabalho do Conselho, por meio de medidas como o fortalecimento das atividades do Comitê Assessor ou do sistema de procedimentos especiais, o que não ocorreu. Muito pelo contrário, o que se observou foi, no caso do Comitê Assessor, uma diminuição importante das suas prerrogativas e capacidade de atuação, e, no caso dos procedimentos especiais, o medo de uma possível restrição da sua independência através do novo código de conduta aprovado.

Outra mostra da permanência do excesso de influência política no trabalho do Conselho é a própria Revisão Periódica Universal, a grande novidade do novo órgão e o principal mecanismo criado para combater a politização. Assim, a Revisão Periódica tem como uma das suas principais características o caráter excessivamente intergovernamental e o fato de especialistas em direitos humanos estarem praticamente ausentes do seu funcionamento. Além disso, como já mencionamos neste artigo, no primeiro ciclo de funcionamento do novo procedimento, desenvolveu-se a prática de evitar críticas ao Estado examinado por meio da aliança com Estados amigos, incitados a participar na revisão com comentários favoráveis ao Estado examinado. Também aqui, as negociações políticas preponderam num mecanismo que supostamente busca reduzi-las, como é a Revisão Periódica Universal, razão pela qual, entre outras, não se pode defender com convicção que a transição institucional serviu aos fins políticos que anunciou perseguir.

10 Conclusões

Nesta breve exposição, pudemos ter uma visão geral do impacto das principais modificações ocorridas em virtude da extinção da Comissão de Direitos Humanos e da criação de um Conselho de Direitos Humanos para sucedê-la. Sem desmerecer a importância de alguns aspectos realmente positivos e tendo presente que ainda é muito cedo para se avaliar de maneira conclusiva o Conselho de Direitos Humanos – recorde-se que a Comissão demorou seis décadas para desenvolver seus mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos –, sustentamos que o impacto das modificações introduzidas nestes primeiros anos de atividade do órgão deixa a desejar.

Assim, por um lado, o novo órgão encarna mudanças que consideramos positivas, como o seu caráter semipermanente, os ajustes no processo de seleção dos membros e a possibilidade de suspendê-los, a própria RPU e a possibilidade de revisão do histórico de direitos humanos de todos os países membros da ONU, entre outros. Por outro lado, como já mencionamos, repetem-se problemas que existiam na época da Comissão e que fundamentaram a proposta de reforma – como são a politização e a utilização do duplo critério de avaliação. Além disso, e principalmente, aumentou o caráter intergovernamental do órgão e se observa uma tendência a restringir a atuação da sociedade civil.

Com relação à politização e à utilização do duplo critério de avaliação, como já indicamos, estes são problemas de ordem política, que em grande parte estão relacionados à natureza intergovernamental do órgão, mas também ao mesmo paradoxo fundamental que tem acompanhado a proteção internacional dos direitos humanos desde o seu início, que é o de pedir aos Estados que sejam fiscais das violações de direitos humanos que eles mesmos cometeram, por ação ou omissão.

Estas considerações nos permitem afirmar que o argumento de acabar com a politização como principal justificativa utilizada para extinguir a Comissão de Direitos Humanos é um argumento vazio, produto dos interesses políticos que prevaleciam na Comissão na época da aprovação da reforma.

Nestes primeiros anos de atuação, os momentos nos quais o Conselho adotou uma postura decidida e ativa, como no caso da suspensão da Líbia da condição de membro deste órgão, foram consequência da vontade política e do trabalho de algumas delegações estatais para lograr um Conselho de Direitos Humanos mais comprometido com a implementação do seu mandato.

Tomando como base a experiência da evolução da Comissão de Direitos Humanos, o pouco tempo de atuação do Conselho, o fato de que o ambiente político dentro do mesmo corresponde à realidade das relações internacionais dos últimos anos e de que as condições formais e estruturais do órgão, ainda que sejam relevantes, podem ser moldadas segundo a vontade política dominante do momento, é natural concluir que a maneira pela qual o Conselho será recordado pela história dependerá, no final das contas, da evolução da política e das relações internacionais ao longo dos anos que se seguirão.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ABRAHAM, Meghna. 2006. **A new chapter for human rights**: a handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council. Geneva, Switzerland: International Service for Human Rights (ISHR); Friedrich Ebert Stiftung (FES). Disponível em: <<http://www.ishr.ch/guides-to-the-un-system/handbook>> e <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/genf/04375.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- ALMQVIST, Jessica; GOMEZ ISA, Felipe. **El Consejo de Derechos Humanos: oportunidades y desafíos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (Cuadenos Deusto de Derechos Humanos, 40).
- ALSTON, Philip. 1992. "The Commission on Human Rights", In P. Alston (ed.), **The United Nations and Human Rights. A critical appraisal**. Nova York/Oxford: Clarendon Press/Oxford University Press.
- _____. 2006. Reconceiving the UN Human Rights regime: challenges confronting the New UN Human Rights Council. **Melbourne Journal of International Law**, v. 7, No. 1, p. 185-224, may.
- BOYLE, Kevin. 2009. The United Nations Human Rights Council: origins, antecedents, and prospects. In: BOYLE, Kevin (Ed.). **New institutions for human rights protection**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009. p. 11-47.
- CHETAIL, Vincent., 2007. "Le Conseil des Droits de l'home des Nations Unies : réformer pour ne rien changer ?", En V. Chetail (edit), **Conflits, sécurité et coopération : liber amicorum Victor-Yves Ghebali/ Conflicts, security and cooperation : liber amicorum Victor-Yves Ghebali**, Bruylant, Bruselas,
- HUMPHREY, John J. 1989. *No distant millennium. The International Law of Human Rights*. Paris: UNESCO,
- INTERNATIONAL SERVICE FOR HUMAN RIGHTS. 2009. **Human Rights Monitor**, n. 67/2009.
- _____. 2010a. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 2/3, Geneva, July
- _____. 2010b. "Human Rights Council Review. What you need to know", **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 2/3, Geneva, New York, July.
- _____. 2010c. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 3/3, Geneva, October.
- _____. 2011a. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 1/4, Geneva, January.
- _____. 2011b. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 2/4, Geneva, April.
- _____. 2011c. **Human Rights Monitor Quarterly**, Issue 3, Geneva, July.
- KALĽN, Walter; JIMENEZ, Cecilia. 2003. **Reform of the UN Commission on Human Rights**. Study Commissioned by the Swiss Ministry of Foreign Affairs (Political Division IV). Bern; Geneva, Switzerland: Institute of Public Law, University of Bern, 30 August 2003.
- LAUREN, Paul Gordon. 2007. 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**, Baltimore, MD, v. 29, No. 2, p. 307-345, may.

- LEMPINEN, Miko; SCHEININ, Martin. 2007. **The New Human Rights Council: the first two years**. Substantive Report of the Workshop organized by the European University Institute, Istituto Affari Internazionali, and The Institute for Human Rights at Åbo Akademi University. Villa Schifanoia, La Cappella: European University Institute, 7-8 Noviembre. Disponível em: <<http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/Projects/HRCReport.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- MARIE, Jean-Bernard. 1975. **La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU**. Paris: Pedone, 1975.
- MCMAHON, Edward R. 2010. **Herding Cats and Sheep: Assessing State and Regional Behaviour in the Universal Periodic Review Mechanism of the United Nations Human Rights Council**. July 2010. Disponível em: <http://www.upr-info.org/IMG/pdf/McMahon_Herding_Cats_and_Sheeps_July_2010.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- MÜLLER, Lars; LUTZ, Christian. 2007. **The first 365 days of the United Nations Human Rights Council**. Geneva, Switzerland: Lars Müller.
- NACIONES UNIDAS. 2005. Asamblea General. **Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General**. doc ONU. A/59/2005, de 21 de marzo de 2005, pár. 182.
- _____. 2006. **Resolución de la Asamblea General de la ONU n. A/RES/60/251, de 03 de abril de 2006**.
- _____. 2007. Consejo de Derechos Humanos. **Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos**. Doc. ONU. A/HRC/RES/5/ de 5 de junio de 2007.
- _____. 2008. Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. **Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Bahrein**. Doc. ONU n. A/HRC/8/19, de 22 de mayo de 2008.
- _____. 2009a. Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. **Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Afganistán**. Doc. ONU A/HRC/12/9, de 20 de julio de 2009, párrafos 29 y 96 recomendación 13;
- _____. 2009b. Consejo de Derechos Humanos. Examen Periódico Universal. **Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Alemania**. Doc. ONU n A/HRC/11/15, de 4 de marzo de 2009.
- _____. 2010. Asamblea General de la ONU. Aplicación efectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidas las obligaciones en materia de presentación de informes de conformidad con esos instrumentos. Doc. ONU n. A/65/190, de 6 de agosto de 2010, Anexo II, párrafo 41.
- NADER, Lucia. 2007. O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU. **SUR**, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 7-25. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/7/nader.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- SCANNELLA, Patrizia; SPLINTER, Peter. 2007. The United Nations Human Rights Council: a promise to be fulfilled. **Human Rights Law Review**, v. 7, n. 1, p. 41-72.
- TARDU, Maxime. 2007. Le nouveau conseil des droits de l'homme aux Nations Unies: decadence ou résurrection? *Reviste Trimestrielle des droits de l'homme*, 72/2007.
- TISTOUNET, Eric. From Commission on Human Rights to Human Rights Council: itinerary of a reform process. In: KÄLIN, Walter et al. **International law, conflict and development: the emergence of a holistic approach in international affairs**. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 325-354.

NOTAS

1. Ver: Naciones Unidas (2009a) parágrafo. 95; A/HRC/8/48, de 5 de junho de 2008, parágrafo 58.
2. Até o 13º período de sessões, haviam sido propostas 2.479 recomendações. Cfr. <http://www.upr-info.org/database/statistics/>, consultado em 7 de maio de 2013.
3. Ver: Nações Unidas (2008), parágrafos 19 (Palestina), 20 (Índia), 21 (Paquistão), 22 (Qatar), 23 (Tunísia), 24 (Emirados Árabes Unidos), 25 (Arábia Saudita), 26 (Turquia), 27 (Malásia) e 30 (Libia), entre outros.
4. Ver Naciones Unidas (2009b), parágrafo 81, recomendação 33.
5. Ver documento final da 17ª reunião dos relatores e representantes especiais, especialistas e presidentes dos grupos de trabalho dos procedimentos especiais com os presidentes e os membros dos órgãos de tratados (NACIONES UNIDAS, 2010, Anexo II, parágrafo 41).

ABSTRACT

In 2006, the Human Rights Council was established within the United Nations to replace the Commission on Human Rights, which had been in existence since 1946. The creation of the new body was justified by the need to combat some of the weaknesses of the Commission, particularly its excessive “politicization”, and to establish a body that could respond more quickly to situations of human rights violations. This article aims to critically analyze the impact of the changes introduced in these early years of the Council’s work, while also questioning the validity of politicization as an argument for the dissolution of the UN’s main human rights body. The article is based on the conclusions of the author’s doctoral thesis on the same subject, defended in December 2011 at the Carlos III University of Madrid.

KEYWORDS

UN Human Rights Council – International Protection Systems – Politicization – Institutional Transition

RESUMEN

En 2006, se estableció en el seno de la ONU un Consejo de Derechos Humanos, en lugar de la Comisión de Derechos Humanos, que existía desde 1946. La creación de este nuevo órgano se justificó por la necesidad de combatir algunas debilidades que existían en la época de la Comisión, especialmente la excesiva “politización”, y por la necesidad de contar con un órgano que respondiera más ágilmente a las situaciones de violación de los derechos humanos. Este artículo busca analizar de forma crítica el impacto de los cambios incorporados en estos primeros años de funcionamiento, cuestionando también la validez de la politización como argumento para la extinción del principal órgano de defensa de los derechos humanos de la ONU. Este artículo se basa en las conclusiones de la tesis de doctorado de la autora sobre el mismo tema, defendida en diciembre de 2011 en la Universidad Carlos III de Madrid.

PALABRAS CLAVE

Consejo de Derechos Humanos de la ONU – Sistemas Internacionales de Protección – Politización – Transición institucional



JÉRÉMIE GILBERT

Jérémie Gilbert trabalha como professor assistente de Direito na Universidade de East London (Reino Unido). Ele publicou diversos artigos e capítulos de livros sobre direitos de povos indígenas, em especial sobre direitos territoriais. Gilbert tem colaborado regularmente com comunidades indígenas e ONGs em casos relativos ao direito à terra. É membro do conselho do *International Work Group on Indigenous Affairs - IWGIA*, e do Conselho

Consultivo para o Programa de Litígio do *Minority Rights Group International*, além de trabalhar regularmente com o Programa de Povos da Floresta e a organização *Rainforest Foundation UK*. Seu trabalho atual se concentra na proteção de povos nômades sob o direito internacional, no direito dos povos indígenas à terra e na interação entre empresas e normas de direitos humanos.

Email: jeremie.gilbert@uel.ac.uk

RESUMO

O direito à terra tem atraído certa atenção como uma questão relacionada ao direito à propriedade e tem sido considerado um direito especificamente importante dos povos indígenas e das mulheres, mas o direito à terra está ausente dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Este artigo analisa como o direito à terra tem sido abordado desde cinco ângulos diferentes na legislação internacional dos direitos humanos: como uma questão de direito à propriedade, como direito especificamente importante para os povos indígenas; como um aspecto da igualdade de gênero, como um *slogan* na campanha contra o acesso desigual à alimentos e moradia. Ao analisar estas diferentes abordagens, o artigo propõe identificar o lugar do direito à terra nos instrumentos e jurisprudência internacional de direitos humanos assim como analisar por que não tem sido – e se deveria ser – incluído como direito específico e independente.

Original em inglês. Traduzido por Thiago Amparo.

Recebido em fevereiro de 2013. Aceito em maio de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à terra – Mulheres – Povos indígenas – Direito à alimentação – Direito à moradia



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível online em <www.revistasur.org>.

DIREITO À TERRA COMO DIREITO HUMANO: ARGUMENTOS EM PROL DE UM DIREITO ESPECÍFICO À TERRA

Jérémie Gilbert

1 Introdução: por que direito à terra?

Em geral o direito à terra não é visto como uma questão de direitos humanos. De maneira ampla, ele engloba o direito a usufruir, controlar e transferir uma porção de terra. Ele inclui direito a: ocupar, desfrutar e utilizar a terra e seus recursos; limitar ou excluir o acesso de outros à terra; transferir, vender, comprar, doar ou emprestar; herdar e legar; desenvolver a terra ou realizar benfeitorias; alugar ou sublocar; e beneficiar-se da valorização da terra ou de seu aluguel (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS, 2002). Do ponto de vista jurídico, o direito à terra, via de regra é visto no âmbito do direito agrário, dos contratos sobre posse de terra, ou das normas de planejamento, mas raramente é associado a normas de direitos humanos. No âmbito internacional, nenhum tratado ou declaração prevê especificamente um direito à terra. Estritamente falando, não há um direito humano à terra perante o direito internacional.

No entanto, por trás dessa *fachada*, o direito à terra é uma questão central de direitos humanos. Ele constitui a base para o acesso a alimentação, moradia e desenvolvimento, e, sem acesso à terra, muitas pessoas são colocadas em situação de grave insegurança econômica.

Em diversos países, acesso e direito à terra são, muitas vezes, estratificados e baseados em um sistema hierárquico e segregado no qual os mais pobres e menos escolarizados carecem de segurança na posse da terra. Historicamente, o controle sobre o direito à terra tem servido de instrumento de opressão e colonização. Um dos exemplos mais ilustrativos desse aspecto é o *apartheid* na África do Sul, onde

Ver as notas deste texto a partir da página 142.

o direito à terra serviu como instrumento chave do regime. Embora sejam um exemplo menos extremo, os vários movimentos sociais de camponeses sem terra, em toda a América Latina e Central, também representam uma reação ao controle sobre as terras por elites ricas e poderosas.

Nos piores cenários, a estratificação no acesso à terra tem alimentado conflitos violentos. A situação nos Territórios Ocupados da Palestina e Israel é um claro exemplo do uso do direito à terra como forma de opressão (HUSSEIN; MCKAY, 2003). Todavia essa não é uma situação peculiar ao Oriente Médio, uma vez que o controle da terra, na maioria das situações de conflito, constitui um elemento nevrálgico do próprio conflito (DAUDELIN, 2003).

Acesso, redistribuição e garantias de direito à terra são também elementos críticos em situações pós-conflito (LECKIE, 2008). Redistribuição de terra continua a ser uma questão controversa em países que passaram recentemente por sérios conflitos, tais como Colômbia, Bangladesh, ou Timor Leste. Nesses cenários pós-conflito, a questão da restituição da terra é um fator que, caso não seja adequadamente enfrentado, pode desencadear novamente violência.

Além de situações de violência e conflito, regulamentos e políticas sobre o direito à terra constituem frequentemente o cerne de qualquer reforma econômica e social ampla. Assim, o direito à terra desempenha um papel catalisador no crescimento econômico, no desenvolvimento social e na redução da pobreza (INTERNATIONAL LAND COALITION, 2003). Dados recentes indicam que cerca de 50% da população rural no mundo não desfruta de direitos de propriedade da terra de maneira segura, e estima-se que até um quarto da população mundial seja de sem-terra, o que faz com que tanto a insegurança da titularidade da terra quanto a falta de acesso constituam fatores claros de pobreza (UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME, 2008).

Nas últimas décadas, diversos países adotaram reformas agrárias drásticas para lidar com questões como pobreza, equidade, restituição por expropriações passadas, investimento, inovação no setor agrícola e sustentabilidade. Há uma grande valorização de terras aráveis, dado o interesse cada vez maior de investidores, mudanças em sistemas de produção agrícola, crescimento populacional, migração e mudança ambiental. Isso inclui grandes investimentos agrícolas estrangeiros em países em desenvolvimento, denominados *grilagens de terra*. E tem gerado novas questões sobre o respeito ao direito à terra de comunidades locais, por privá-las de terras essenciais para que possam prover seu próprio sustento. O recente foco em medidas de combate a mudanças climáticas, que impulsionam a compra de grandes extensões de terra para plantação de óleo de palma ou outras fontes de biocombustível, tem criado, de maneira semelhante, um modelo de aquisição de terra para ganhos econômicos em detrimento de populações locais, as quais têm perdido suas terras para investidores internacionais.

Em contrapartida, esse fenômeno gerou diversos movimentos que pleiteiam o reconhecimento e a afirmação de um direito fundamental à terra. A reivindicação de que o direito à terra constitui um direito humano tem sido uma constante em movimentos na Índia, na África do Sul, no Brasil, no México, na Malásia, na Indonésia, nas Filipinas, e em muitos outros países ao redor do mundo. Para tais

movimentos, defender esse direito é uma forma de incentivar a proteção e promoção de uma reivindicação social chave: o reconhecimento de que a população local de fato tem direito a usar, possuir e controlar suas próprias terras. Os direitos referentes à terra não dizem respeito somente aos direitos individuais de propriedade, mas também estão no cerne da justiça social.

Apesar de ser uma questão tão central para a justiça social e a igualdade, o direito à terra é praticamente inexistente na linguagem de direitos humanos. Há várias demandas por seu reconhecimento no âmbito da legislação internacional de direitos humanos (PLANT, 1993). No entanto, apesar dessas iniciativas, nenhum tratado tem reconhecido o direito à terra como uma questão central de direitos humanos. Entre os nove principais tratados internacionais de direitos humanos, o direito à terra é apenas superficialmente mencionado uma única vez, no contexto dos direitos das mulheres em zonas rurais.¹ Não obstante, apesar da ausência de uma referência clara nos principais instrumentos internacionais de direitos, tem havido um foco maior na jurisprudência internacional sobre o direito à terra como uma questão de direitos humanos.

Este artigo analisa como o direito à terra tem sido abordado na esfera internacional, apesar de não ter sido formalmente reconhecido pelos principais instrumentos de direitos humanos. Para tanto, sustenta-se que o direito à terra tem sido abordado, no âmbito da legislação internacional de direitos humanos, a partir de cinco ângulos distintos. Como será analisado a seguir, reivindicações relativas ao direito à terra têm emergido no contexto do direito à propriedade (Seção 1); como um importante direito específico de povos indígenas (Seção 2), como um aspecto da igualdade de gênero (Seção 3); e como um *slogan* na campanha contra a desigualdade no acesso à alimentação e à moradia (Seções 4 e 5). Ao analisar essas três abordagens, este artigo propõe não apenas identificar o lugar do direito à terra no marco internacional de direitos humanos, mas também revisar por que ainda não tem sido, e se deveria ser incluído em tais instrumentos como um direito à terra específico e independente (conclusão).

2 Direito à terra como direito à propriedade: protegendo o “proprietário”?

Em geral, propriedade diz respeito à *posse de alguma coisa ou coisas*, mas essa palavra frequentemente é associada à propriedade da terra. O direito à propriedade é um denominador comum da maioria dos sistemas jurídicos do mundo, nos quais esse direito é comumente qualificado como uma das liberdades individuais fundamentais. A maioria das constituições tem uma sólida garantia deste direito (ALLEN, 2007), que tem desempenhado um papel vital no desenvolvimento de normas e valores humanos.

Historicamente, a garantia dos direitos de propriedade sobre a terra foi o fator capaz de impulsionar o avanço de um sistema emergente de direitos humanos. É comum verificar que direitos de propriedade constituem um elemento central, em muitas democracias liberais ocidentais, do reconhecimento de liberdades individuais contra autoridades públicas (WALDRON, 1988). Tanto

a Carta de Direitos, nos EUA, quanto a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas do século XVIII, protegem com a mesma intensidade o direito à propriedade e o direito à vida. Nesse contexto, propriedade privada significa a proteção, garantia e segurança da posse de *proprietários* de terra, dado que apenas aqueles que possuem o título oficial da terra estariam protegidos. Historicamente, apenas proprietários de terra ricos e poderosos poderiam obter esse título.

A partir dessa perspectiva histórica, por tanto, o direito à propriedade da terra poderia ser vista como um direito deveras conservador, uma vez que protege os direitos de *proprietários*. Em outras palavras, o direito à propriedade aplica-se apenas a propriedades existentes e, portanto, não trata do direito de adquirir a propriedade da terra. A primazia dos direitos de propriedade, em algumas das primeiras declarações de direitos humanos, no século XVIII, ou até mesmo em documentos anteriores, é explicada pelo anseio dos *proprietários* de proteger seus direitos de propriedade contra o poder monárquico. A propriedade da terra era vista, portanto, como um dos elementos centrais da liberdade contra o arbítrio governamental.

As raízes ocidentais do direito à propriedade têm exercido grande influência sobre a forma pela qual este mesmo direito tem sido formulado na legislação internacional de direitos humanos. A sua importância está refletida no atual sistema internacional de proteção de direitos humanos, onde o direito à propriedade é, ao mesmo tempo, um dos princípios por excelência do sistema e um tema bastante controverso. O

artigo 17 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) estabelece que:

1. *Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.*
2. *Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.*

(UNITED NATIONS, 1948, art. 17)

A inclusão desse direito na DUDH foi polêmica e seu processo de conformação deu ensejo a sérios debates e negociações. Vale ressaltar que a polêmica versou sobre se existia a necessidade da inclusão desse artigo e, ainda, sobre em que medida limitações ao direito à propriedade poderiam ser impostas por legislações nacionais (CASSIN, 1972). Embora a questão específica da propriedade da terra não tenha sido foco dessa discussão, o conflito entre duas abordagens da questão da propriedade – uma individual e outra mais social e coletiva –, marcaria mais adiante o debate sobre direito à terra. Os dois Pactos Internacionais, adotados em 1966, não mencionam o direito à propriedade, o que faz com que este seja o único direito humano reconhecido na DUDH que não foi incorporado a nenhum desses Pactos juridicamente vinculantes. Há diversos argumentos que buscam explicar a ausência do direito à propriedade pelos dois Pactos, em especial divergências entre os blocos ocidentais e orientais, o que tornou a definição de um direito à propriedade uma questão deveras complexa e ideologicamente controversa (SCHABAS, 1991).

Além desses debates, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de

Todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD, sigla original), aprovada em 1965, estabelece um compromisso geral dos Estados Partes de eliminar a discriminação racial e garantir “direito, tanto individualmente como em conjunto, à propriedade” (UNITED NATIONS, 1965, art. 5, v).

O direito à propriedade também foi visto como uma questão importante na luta para eliminar a discriminação contra as mulheres. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, sigla original), afirma em seu artigo 16 que os Estados devem assegurar “os mesmos direitos a ambos os cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição da propriedade, tanto a título gratuito quanto oneroso” (UNITED NATIONS, 1979, art. 16).

Apesar dessas referências ao direito à propriedade, os principais tratados internacionais de direitos humanos não fazem menção específica a ele. Ademais, quando o direito à propriedade é incorporado à legislação internacional de direitos humanos, isso se dá principalmente no contexto da não discriminação (como é o caso da ICERD e CEDAW). Em última análise, o direito à propriedade recebe forte reconhecimento apenas pela DUDH, e o elo desse direito com o direito à terra permanece tênue, uma vez que essa correlação fora inicialmente concebida.

3 Direitos à terra como direitos culturais: povos indígenas

Habitantes dos mais diversos e, muitas vezes, remotos lugares do mundo, desde o Ártico congelado até as florestas tropicais, os povos indígenas têm se queixado de que sua cultura desaparecerá sem uma forte proteção ao seu direito à terra. Embora as comunidades indígenas sejam mais diversas, a maior parte das culturas indígenas compartilha um elo profundo entre identidade cultural e terra. Muitas das comunidades indígenas, como será apresentado adiante, têm enfatizado que seus territórios e terras não servem apenas de base para seu sustento econômico, mas também constituem fonte de sua identidade espiritual, cultural e social.

O elo entre direitos culturais e direito à terra foi reconhecido pelo Comitê de Direitos Humanos (CDH) em sua interpretação do artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Esse artigo, não faz alusão ao direito à terra, per se, mas faz uma ênfase entre a conexão entre os direitos culturais e direito à terra, mas o CDH concedeu uma proteção específica ao direito à terra de povos indígenas, ao enfatizar o elo entre direitos culturais e direito à terra. Essa proteção baseia-se no fato de que comunidades indígenas associam o seu modo de vida específico ao uso de suas terras. Em um comentário geral a respeito do artigo 27, muitas vezes citado, o CDH afirmou que:

No que diz respeito ao gozo dos direitos culturais protegidos pelo artigo 27, o Comitê nota que a cultura se manifesta sob várias formas, inclusive no que diz respeito a um modo de vida especificamente relacionado ao uso de recursos associados à terra, em especial no caso de povos indígenas. Esse direito pode incluir atividades tradicionais, tais como pesca ou caça, e o direito a viver em reservas protegidas por lei.

(UNITED NATIONS, 1994)

No que diz respeito aos povos indígenas, a relação entre proteção da cultura e direito à terra tem sido reiterada em muitas das observações finais sobre relatórios periódicos, apresentados por Estados Partes, e em comunicações individuais (SCHEININ, 2000). A perspectiva é de que, nos casos em que a terra possui um significado vital para preservar uma cultura, o direito a desfrutar de determinada cultura requer que a terra seja protegida.

Essa abordagem constitui o cerne da jurisprudência recente da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). No caso da comunidade Awas Tingni contra a Nicarágua, decidido em 2001, a Corte declarou:

Grupos indígenas, pelo simples fato de sua própria existência, possuem o direito a viver livremente em seu próprio território; os laços estreitos entre os povos indígenas e a terra devem ser reconhecidos e compreendidos como um dos fundamentos de suas culturas, sua vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Para comunidades indígenas, as relações que mantêm com a terra não constituem apenas uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual elas devem desfrutar em sua plenitude, até mesmo para preservar seu legado cultural e transmiti-lo para gerações futuras.

(INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS,
2001, par. 149)

Desde então, a Corte IDH desenvolveu uma jurisprudência mais abrangente sobre direito à terra, integrando-o aos direitos à propriedade, à vida e à saúde (ANAYA; WILLIAMS, 2001). Essa abordagem do direito à terra é muitas vezes referida como um *direito à integridade cultural* que, embora não seja expressamente reconhecido como tal em tratados internacionais de direitos humanos, diz respeito a um conjunto de diferentes direitos humanos, como direito à cultura, subsistência, meios de subsistência, religião e herança, sendo que todos eles endossam a proteção ao direito à terra.

Essa referência à integridade cultural remete a alguns aspectos da recente decisão da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (ACHPR, sigla original) no caso relativo à comunidade Endorois, no Quênia. Esse caso diz respeito ao deslocamento forçado da comunidade Endorois de sua terra ancestral, no coração do Grande Vale do Rift, para dar lugar à criação de uma reserva de vida selvagem, reduzindo uma comunidade tradicional de pastores de gado à pobreza e levando-os à beira da extinção cultural. A comunidade indígena afirmou que o acesso ao seu território ancestral “além de garantir a subsistência e a sobrevivência, é visto como sagrado, estando intrinsecamente relacionado com a integridade cultural da comunidade e seu modo de vida tradicional” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS, 2010, par. 16). Em sua decisão, a Comissão Africana concordou com o pedido referente à identidade cultural, reconhecendo que a remoção da comunidade indígena de sua terra ancestral constituiu uma violação do seu direito à integridade cultural com base na liberdade de religião (artigo 8), no direito à cultura (artigo 17), e no acesso aos recursos naturais (artigo 21) presentes na Carta Africana.

O surgimento do direito dos povos indígenas à *integridade cultural* aponta para o estabelecimento de um elo mais claro entre acesso aos territórios ancestrais e liberdade de religião, direitos culturais e direito de acesso aos recursos naturais. Embora o direito à terra não seja reconhecido como tal, tanto na Convenção Americana quanto na Carta Africana, organismos regionais de direitos humanos têm reconhecido a proteção dos direitos à terra como uma questão de direitos humanos crucial para povos indígenas, parte de um pacote mais amplo de direitos, o qual inclui o direito à propriedade, os direitos culturais e os direitos sociais. Essa abordagem é um dos reconhecimentos mais sólidos do direito à terra como direito humano.

Paralelamente, outra evolução normativa, que culminou com a adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007, expandiu o desenvolvimento dessa jurisprudência sobre o tema. A Declaração dedica vários de seus artigos ao direito à terra, tornando-o uma questão fundamental de direitos humanos para povos indígenas (GILBERT; DOYLE, 2011). O artigo 25 da Declaração afirma que:

Povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

(UNITED NATIONS, 2007, art. 25).

Embora a Declaração não seja um tratado, os direitos articulados nesse documento são um reflexo do direito internacional contemporâneo no que diz respeito aos povos indígenas, pois indicam um claro reconhecimento internacional da importância de uma perspectiva fundada em direitos humanos para povos indígenas.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Direitos de Povos Indígenas e Tribais também adota uma perspectiva de direitos humanos em relação ao direito à terra. Importante ressaltar que afirma que, ao aplicar seus dispositivos:

os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo o caso, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

(INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 1989, art. 13).

Embora se possa argumentar que apenas um número relativamente pequeno de Estados faz parte da Convenção, esses Estados são, todavia, aqueles onde há o maior número de populações indígenas. Além disso, porque mais e mais Estados têm ratificado esse documento, a Convenção tornou-se um instrumento jurídico importante no que diz respeito ao direito à terra por parte de povos indígenas.

De modo geral, a partir de uma perspectiva mais ampla, fundada em uma

abordagem de direitos humanos, reconhecer o direito à terra como uma questão fundamental de direitos humanos revela que uma perspectiva tradicionalmente individualista de direito à propriedade pode ser contestada e que tal perspectiva individualista não permite compreender suficientemente a questão dos povos indígenas, uma vez que não integra o específico elo cultural que esses povos atribuem a seus territórios tradicionais.

4 Direito à terra como uma questão de igualdade de gênero

O direito à terra tem sido reconhecido como uma questão central na igualdade de gênero. Muitas vezes, o direito da mulher à terra depende de seu estado civil, o que condiciona a segurança da posse da terra ao seu relacionamento conjugal. Sob legislações nacionais que regulam os direitos de propriedade dentro do ambiente familiar, o direito à terra limita-se muitas vezes aos homens, na condição de líderes da família, detentores exclusivos dos direitos de administração da propriedade familiar. Conforme ressaltado em um relatório do antigo Relator Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Moradia Adequada:

Em quase todos os países, sejam eles ‘desenvolvidos’ ou ‘em desenvolvimento’, a segurança jurídica da posse no caso das mulheres depende quase exclusivamente dos homens com os quais elas mantêm um relacionamento. Mulheres líderes de uma família e mesmo mulheres em geral desfrutam de segurança na posse consideravelmente menor do que homens. Um número extremamente limitado de mulheres possui a titularidade da terra. Uma mulher divorciada ou separada sem terra e sem uma família para cuidar, muitas vezes acaba em um barraco em áreas urbanas, onde sua segurança de posse é, quando muito, questionável.

(UNITED NATIONS, 2003, p. 9)

Com seu foco em ‘mulheres rurais’, o artigo 14 da CEDAW faz menção específica ao direito à terra. Ao convidar os Estados Partes a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres em áreas rurais, o artigo 14 apela aos Estados para garantir que as mulheres “tenham acesso aos créditos e empréstimos agrícolas, aos serviços de comercialização e às tecnologias apropriadas, e igual tratamento nos projetos de reforma agrária e de reassentamento de terra” (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS. 1979). Conforme destacado anteriormente, esse artigo é a única menção específica ao direito à terra entre os nove principais tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, a referência ao direito à terra continua sendo marginal, uma vez que o objetivo principal do artigo é o de assegurar que as mulheres não sejam discriminadas em programas de reforma agrária. Esse dispositivo não demanda uma reforma geral de leis fundiárias desiguais.

Já o artigo 16, com foco na eliminação da discriminação no ambiente familiar, convida os Estados Partes a tomar todas as medidas necessárias para assegurar que ambos os cônjuges tenham direitos iguais na “posse, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição da propriedade” (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS. 1979). Embora não mencione

diretamente o direito à terra, a referência a aquisição e propriedade pode ser vista como um fator implicitamente relevante para propriedade de terras. O Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher (daqui em diante, “Comitê CEDAW”) destacou especificamente tal relação em sua Recomendação Geral Nº 21, intitulada “Igualdade no casamento e relações familiares”, com foco principal no artigo 16. A Recomendação estabelece que:

Em países que estejam implementando um programa de reforma agrária ou redistribuição de terras entre grupos de diferentes origens étnicas, deve ser cuidadosamente respeitado o direito de mulheres, independentemente de seu estado civil, de usufruir dessas terras redistribuídas em termos iguais em relação aos homens.

(UNITED NATIONS, 1994, par. 27).

Apesar da referência ao direito à terra tanto no artigo 14 (explicitamente) como no 16 (implicitamente), é evidente que o direito à terra continua a ocupar uma posição secundária no texto da Convenção. Apesar disso, o Comitê CEDAW tem adotado uma abordagem que favorece o direito à terra para mulheres. Particularmente em suas observações finais, o Comitê tem demonstrado a centralidade do direito à terra para a implementação dos direitos humanos das mulheres, uma vez que ele figura em quase todas as observações finais emitidas pelo Comitê. Analisando algumas das observações finais recentes do Comitê podem ser identificadas questões-chave quando se trata do direito à terra para mulheres. Um dos focos é a garantia de não discriminação no acesso à terra tanto nos sistemas jurídicos consuetudinários quanto nos formais. Em suas recentes conclusões finais sobre o Zimbábue, por exemplo, o Comitê expressou sua preocupação quanto “à perpetuação de costumes e práticas tradicionais discriminatórias, o que impede em especial que mulheres em áreas rurais possam herdar ou adquirir terras ou outros bens” (UNITED NATIONS, 2012, para. 35).

Isso não é específico da situação do Zimbábue: o Comitê já fez comentários semelhantes aos relatórios recentes da Jordânia, do Chade e da República do Congo. Em todas essas ocasiões, o Comitê salientou que os governos têm a obrigação positiva de garantir que os sistemas jurídicos informais e práticas familiares não discriminem as mulheres no acesso ao direito à terra. O Comitê também identificou desigualdade de fato nos sistemas formais de registro de terras, que concedem algum tipo de reconhecimento aos sistemas consuetudinários, e endossam direta ou indiretamente práticas que favorecem os homens e colocam as mulheres em posição de desvantagem, por perpetuarem regimes de posse que tenham como pressuposto unidades familiares e comunitárias.

Outro tema recorrente nas conclusões finais do Comitê CEDAW é a estreita relação entre acesso ao direito à terra e elementos necessários para sobrevivência, como alimentação e água. Por exemplo, no caso do Nepal, o Comitê convocou o governo a “assegurar às mulheres acesso em condições iguais a recursos e alimentação rica em nutrientes, pondo fim a práticas discriminatórias, assegurando às mulheres o direito de adquirir terras e facilitando o acesso de mulheres à água potável segura e a combustível” (UNITED NATIONS, 2011, para. 38). As mulheres, especialmente aquelas em comunidades rurais, têm muitas vezes indicado como o

direito à terra deve ser visto como fundamental para o acesso à água, à alimentação e à saúde, e como tais direitos relativos à terra são centrais não somente para a sua sobrevivência, mas também para a sobrevivência de seus filhos e famílias. O trabalho do Comitê exemplifica como o direito à terra e a segurança na posse da terra para as mulheres constituem peças chave para melhores condições de vida e para o empoderamento econômico das mulheres.

A relação entre acesso aos meios de subsistência e o direito à terra também encontra respaldo no Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres na África, adotado em 2003. O Protocolo faz duas menções ao direito à terra como direitos das mulheres. A primeira referência diz respeito ao acesso à alimentação adequada. O artigo 15 do Protocolo declara que:

Os Estados-Partes devem garantir às mulheres o direito ao acesso a uma alimentação sadia e adequada. Neste sentido, devem adotar medidas apropriadas para assegurar às mulheres o acesso à água potável, às fontes de energia doméstica, à terra e aos meios de produção alimentar.

(AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2003, para. a).

A segunda menção se dá no contexto do direito a um desenvolvimento sustentável. O artigo 19, dedicado ao direito das mulheres a gozar plenamente do seu direito ao desenvolvimento sustentável, convida Estados a “promover o acesso e a posse pela mulher dos recursos produtivos, tais como a terra, e garantir o seu direito à propriedade” (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, 2003, par. c). A abordagem dos direitos das mulheres ao direito à terra associa o acesso à terra não apenas à não discriminação, mas sim à redução da pobreza e ao empoderamento econômico. Como apontado por um relatório recente da Comissão Nacional de Direitos Humanos da Índia:

Terra, além de ser um recurso produtivo, também propicia um elevado grau de segurança e estabilidade socioeconômica. O controle e propriedade da terra por mulheres, ademais, serve como uma forma de empoderamento e ajuda a equilibrar dinâmicas de gênero, em especial em sociedades historicamente patriarcais

(KOTHARI; KARMALI; CHAUDHRY, 2006, p. 28).

Isso se reflete no trabalho de instituições internacionais e em organizações não-governamentais que têm cada vez mais concentrado seu trabalho no direito à terra como parte de suas estratégias de redução da pobreza e de empoderamento da mulher (BUDLENDER; ALMA, 2011).

5 Direito à terra como moradia

O direito à moradia está inscrito em diversos instrumentos internacionais fundamentais de direitos humanos. Entre eles, pode-se citar o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) (artigo 11, par. 1º),

a Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 27, par. 3) e as cláusulas de não discriminação previstas no artigo 14, par. 2 (h) da CEDAW e artigo 5º (e) da ICERD. O artigo 25 da DUDH inclui o direito à moradia como parte do direito mais amplo a um padrão adequado de vida. Portanto, o direito à moradia é, muitas vezes, qualificado como um direito a uma moradia *adequada*.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (daqui em diante, CDESC) tem dedicado grande parte do seu trabalho ao direito à moradia adequada. No seu Comentário Geral nº 4 sobre a questão, o CDESC destacou que “embora a adequação da moradia seja determinada, em parte, por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros” (UNITED NATIONS, 1991, par. 8), há alguns fatores universais fundamentais para especificar o conteúdo desse direito. O Comitê identificou sete fatores recorrentes, sendo o primeiro deles a segurança jurídica da posse.² Embora a segurança da posse assuma uma variedade de formas, incluindo locação (pública e privada), moradia conjunta, arrendamento, moradia própria, moradia emergencial, e assentamentos informais, esse termo também se refere à segurança de direitos sobre terras.

Vale notar que o Comitê tem concentrado seu trabalho na situação de pessoas sem terra, com destaque para a forma pela qual a falta de acesso à terra colide fundamentalmente com a implementação do direito à moradia adequada. O CDESC observou que “obrigações governamentais claras precisam ser definidas com o objetivo de fundamentar o direito de todos a um lugar seguro para viver em paz e com dignidade, incluindo o acesso à terra como um direito” (UNITED NATIONS, 1991, para. 8 (e)). O Comitê acrescentou ainda que “(e)m muitos Estados Partes, um aumento do acesso à terra por pessoas dela desprovidas ou por segmentos empobrecidos da sociedade deveria constituir um objetivo político central” (UNITED NATIONS, 1991, para. 8 (e)). Essa perspectiva destaca de que maneira a efetivação do direito à moradia adequada necessariamente implica, por parte dos governos, assegurar tanto o acesso à terra quanto a segurança da posse das pessoas sem-terra.

O foco na segurança da posse e no acesso à terra, como um dos principais componentes do direito à moradia adequada, também constitui um aspecto central no trabalho do Relator Especial da ONU sobre Moradia Adequada. O antigo Relator Especial da ONU, Miloon Kothari, tem enfatizado a importância de se reconhecer a centralidade do direito à terra para o direito à moradia. O Relator Especial identificou uma lacuna normativa referente ao direito à terra nos instrumentos de legislação internacional de direitos humanos na relação com a proteção do direito à moradia adequada. Conforme destacado em seu relatório, em 2007:

Ao longo de seu trabalho, o Relator Especial buscou identificar elementos que positiva ou negativamente afetam a implementação do direito à moradia adequada. Terra como um direito é, muitas vezes, um elemento vital necessário para compreender o grau de violação e o nível de implementação do direito à moradia adequada

(UNITED NATIONS, 2007b, para. 25).

O Relator Especial solicitou que o Conselho de Direitos Humanos reconheça o

direito à terra como um direito humano e reforce a proteção deste na legislação internacional de direitos humanos.

O elo entre moradia e direito à terra ocupa um espaço particularmente central no trabalho do Relator Especial, no contexto dos direitos das mulheres à moradia. Após uma resolução adotada pela antiga Comissão de Direitos Humanos, ele realizou um estudo mais amplo sobre o direito das mulheres à propriedade e à moradia adequada. Uma das conclusões centrais do relatório foi que a falta de reconhecimento do direito das mulheres à terra afeta diretamente seu direito à moradia adequada. Ademais, o Relator Especial destacou uma estreita ligação entre violência contra a mulher e o direito à moradia adequada, e como o reconhecimento do direito à terra para as mulheres pode, ao menos potencialmente, desempenhar um papel positivo na luta contra a violência doméstica.

Moradia e direito à terra também estão interligados na abordagem dos direitos humanos à questão da remoção forçada. O Comentário Geral nº 7 do Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define remoção forçada como:

a retirada definitiva ou temporária de indivíduos, famílias ou comunidades, contra a sua vontade, das casas ou da terra que ocupam, sem que estejam disponíveis ou acessíveis formas adequadas de proteção de seus direitos por vias legais ou outras.

(UNITED NATIONS, 1997, para. 3).

Remoções forçadas estão, muitas vezes, relacionadas à falta de segurança jurídica da posse, o que constitui um componente essencial do direito à moradia adequada. Remoções forçadas constituem *prima facie* violações do direito humano à moradia adequada. Tanto as Diretrizes Abrangentes da ONU sobre Deslocamento relacionado a Projetos de Desenvolvimento quanto os Princípios e Diretrizes Básicos sobre Remoções e Deslocamento relacionados a Projetos de Desenvolvimento adotam uma definição semelhante de remoção forçada, o que inclui a perda das terras.

A relação entre remoção forçada e violação do direito à terra desempenhou um papel importante na decisão da ACHPR no caso da comunidade Endorois contra o Quênia. A Comissão destacou como o não reconhecimento e o desrespeito ao direito à terra da comunidade indígena levou à sua remoção forçada, violando o artigo 14 da Carta Africana (AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS, 2010, para. 200). Para chegar a essa decisão, a Comissão fez referência direta aos parâmetros estabelecidos pelo CDESC em seu Comentário Geral nº 4 sobre direito à moradia e no Comentário Geral nº 7 sobre remoções e direito à moradia, destacando, em particular, como o direito à terra está diretamente relacionado ao direito à moradia e à proibição de remoções forçadas. A sociedade civil tem enfatizado a ligação entre moradia e direito à terra com a criação da *Housing and Land Rights Network* (Rede de Moradia e Direito à Terra).³

De maneira geral, a relação entre moradia e direito à terra parece ser um aspecto consolidado em normas de direitos humanos, e envolve tanto um aspecto positivo quanto um negativo. Possui um lado positivo no sentido de que o direito à terra é considerado um componente essencial para a efetivação do direito à moradia; e um lado negativo, dado que a expropriação de terras pode ser qualificada como remoção forçada em violação direta do direito à moradia. Embora seja claramente lógica, tal abordagem limita-se a um aspecto particular do direito à terra, qual seja, dar sustentação à moradia. Outros aspectos cruciais do direito à terra, em especial seus elementos culturais, sociais e espirituais, estão ausentes aqui.

6 Direito à terra como acesso à alimentação adequada

Diferentemente do direito à terra, o direito à alimentação é amplamente reconhecido na legislação internacional de direitos humanos. O artigo 25 da DUDH prevê que toda pessoa tem direito a um padrão de vida adequado, “inclusive alimentação”. O artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) faz referência especial ao direito à alimentação ao reconhecer expressamente o direito de toda pessoa a um padrão adequado de vida, “inclusive alimentação adequada”. O artigo 11(2) prevê o “direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome”, ao passo que o artigo 11(2)(a) requer que os Estados “melhorem os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios”, em particular por meio de reformas agrárias, para utilizar de maneira mais eficaz os recursos naturais; e o artigo 11(2)(b) exige a implementação de uma “repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais”.

Provavelmente, a referência mais direta ao direito à terra, no Pacto, é a menção à necessidade de:

melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios [...] pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

(UNITED NATIONS, 1966, art. 11).

Podem ser encontradas diversas referências ao direito à terra no Comentário Geral nº 12 do CDESC sobre o direito à alimentação. Nesse Comentário, o Comitê afirma que: “efetiva-se o direito à alimentação adequada quando todo homem, mulher e criança, isoladamente ou em conjunto com outros, possui acesso físico e econômico a todo tempo à alimentação adequada ou aos meios para obtê-la” (UNITED NATIONS, 1999, art. 11, para. 6).

Ao considerar que a “origem do problema de fome e má-nutrição não é a falta de alimentos, mas sim a falta de acesso aos alimentos disponíveis” (UNITED NATIONS, 1999, art. 11, para. 5), o Comentário Geral nº 12 estabelece que a disponibilidade de alimentos “diz respeito às possibilidades de alimentar-se

diretamente da terra produtiva ou outros recursos naturais” (UNITED NATIONS, 1999, art. 11, para. 12), ou de sistemas de mercado em funcionamento que tornem os alimentos disponíveis. Ademais, o Comentário Geral estabelece que garantir o acesso à “alimentação ou recursos para alimentação” exige que os Estados implementem o acesso integral e igual aos recursos econômicos, inclusive o direito a herdar e possuir a terra, para todas as pessoas, em particular as mulheres.

A relação entre direito à alimentação e direito à terra também constitui uma parte importante do mandato do Relator Especial da ONU sobre o Direito à Alimentação (tanto o atual quanto o anterior). O ex-Relator Especial, Jean Ziegler, destacou que o “acesso à terra é um dos elementos chaves necessários para acabar com a fome no mundo” (UNITED NATIONS, 2002, 3, par. 22), e ressaltou que “muitas pessoas em zonas rurais passam fome por serem sem-terra, não desfrutarem de segurança na posse ou por suas propriedades serem tão pequenas que não podem produzir alimentos suficientes para subsistência” (UNITED NATIONS, 2002, 3, para. 22). Muitos de seus relatórios têm revelado as maneiras pelas quais a discriminação no acesso à terra pode influenciar diretamente a efetivação do direito à alimentação. Em seu relatório sobre a situação na Índia, Ziegler notou que:

Discriminação generalizada impede que Dalits adquiram terra, uma vez que eles são vistos como ‘classe trabalhadora’, e mesmo se a eles for dado acesso à terra (como resultado de programas de redistribuição e programas de reforma agrária em alguns estados), tal terra é muitas vezes tomada à força por membros de castas superiores na área.

(UNITED NATIONS, 2006c, par. 11).

A condição de sem-terra, entre os *Dalits*, é um aspecto comum na economia de zonas rurais, uma vez que o controle de terras se concentra nas mãos de membros de castas superiores e ricos proprietários de terras, e isso afeta diretamente a efetivação do direito à alimentação.

Mais recentemente, o elo entre direito à terra e direito à alimentação ficou ainda mais clara no contexto de grandes aquisições de terra, reconhecidas sob o nome de *grilagens* (TAYLOR, 2009). Após a crise global de alimentos, em 2008, muitos dos principais Estados importadores de alimentos e exportadores de capital perderam a confiança no mercado global como uma fonte estável e confiável de alimentos, acelerando o processo de aquisições em larga escala de terras adequadas para o plantio (COTULA et al., 2009). Em outras palavras, esses governos com “insegurança alimentar”, que dependem de importações de produtos agrícolas, deram início a uma política de aquisição de vastas áreas de terras agrícolas no exterior para a sua própria produção de alimentos, bem como para aumentar os seus investimentos em terras produtivas em outros países, as quais se tornam cada vez mais valiosas. Neste contexto, o direito à terra passou a ser visto por alguns como uma ferramenta chave para garantir o direito de comunidades locais à alimentação. Em relatório recente, o atual Relator Especial da ONU sobre o Direito à Alimentação, Olivier de Schutter, por exemplo, relacionou de maneira direta o direito à alimentação à questão da aquisição de terras em grande escala:

O direito humano à alimentação será violado se as pessoas que dependem da terra para sua subsistência, incluindo pastores, forem proibidas de ter acesso à terra, sem alternativas adequadas; se a renda local for insuficiente para compensar os efeitos nos preços dos alimentos decorrentes da mudança para a produção alimentícia para exportação; ou se as rendas de pequenos agricultores locais caírem após a chegada ao mercado nacional de alimentos a preços baixos, produzidos em plantações em grande escala mais competitivas desenvolvidas graças à chegada de investidores.

(UNITED NATIONS, 2009, par. 4)

Além disso, a análise do Relator Especial insta a todos os interessados (governos, investidores e comunidades locais) a abordar a questão de maneira mais estruturada, colocando os parâmetros de direitos humanos no cerne do debate. O Relator Especial propôs onze princípios mínimos direcionados a investidores, Estados de origem, Estados de destino, comunidades locais, povos indígenas e sociedade civil. Dois dos princípios propostos estão diretamente relacionados ao direito à terra:

Princípio 2. A transferência do uso ou da propriedade da terra somente pode ser realizada com o consentimento livre, prévio e informado de comunidades locais. Isso é particularmente importante no caso de comunidades indígenas, dada a sua experiência histórica com a expropriação de suas terras.

Princípio 3. Os Estados devem adotar legislação destinada a proteger o direito à terra, inclusive títulos individuais ou registros coletivos de uso da terra, com vistas a garantir uma proteção judicial plena.

(UNITED NATIONS, 2009)

Assim, o Relator Especial alegou que em nome da proteção do direito à alimentação dos mais necessitados, os Estados devem garantir a segurança da posse da terra de seus agricultores e comunidades locais, bem como pôr em prática políticas destinadas a assegurar um acesso mais equitativo a ela (DE SCHUTTER, 2011). Embora a interação entre o acesso à terra e o direito à alimentação seja particularmente aguda no âmbito do atual fenômeno de *grilagem da terra*, esse movimento de investimentos em larga escala em terras agrícolas apenas reforça como o direito à alimentação necessariamente exige a proteção do direito à terra.

Recentemente, referências mais diretas ao direito à terra começaram a surgir no trabalho de outras organizações internacionais preocupadas com a segurança alimentar. Por exemplo, em 2004, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO, sigla original) publicou suas Diretrizes Voluntárias em Apoio à Realização Progressiva do Direito à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar Nacional (FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS, 2004). As diretrizes são baseadas em todos os principais instrumentos internacionais relativos ao direito à alimentação, e propõe 19 diretrizes para ajudar os Estados a garantir a efetivação, de maneira progressiva, do direito à alimentação. A diretriz 8 (B) trata especificamente do direito à terra das mulheres e

dos povos indígenas como um componente importante para assegurar a realização do direito à alimentação. De modo mais geral, várias organizações que trabalham com questões relativas à segurança alimentar começaram a reconhecer a necessidade de concentrar seu trabalho e suas campanhas na proteção do direito à terra, como parte da implementação do direito à alimentação (MIGGIANO; TAYLOR; MAURO, 2010).

7 Conclusão

Uma abordagem fundada em direitos humanos é essencial para lidar com situações de pré-conflito, conflito e pós-conflito. Conforme exemplificado por casos na África do Sul, Uganda, Guatemala e Zimbábue, questões fundiárias e reformas agrárias, muitas vezes, estão no centro de conflitos violentos e, como tal, representam elementos chave na transição do conflito para a paz. Disputas fundiárias têm surgido recentemente na Indonésia, e recentes aquisições de terra em grande escala têm desafiado a estabilidade no Camboja.

De várias formas, essas tensões em torno do direito à terra não constituem uma novidade, a história da humanidade tem evoluído ao redor desses conflitos, já que se pode argumentar que guerras sempre tem envolvido disputas territoriais. Também há uma relação estreita entre uso, acesso e propriedade da terra, de um lado, e desenvolvimento e redução da pobreza, de outro. A crescente crise agrária impulsionada pelo fracasso de programas de reforma agrária, a tomada das terras por empresas privadas, a privatização de serviços básicos, o aumento do deslocamento induzido por projetos de desenvolvimento, e a usurpação da terra agrícola de pequenos agricultores estão gradualmente contribuindo para pôr o direito à terra no centro do debate sobre justiça social e direitos humanos.

Enquanto a terra está sendo cada vez mais mercantilizada, como um bem exclusivamente comercial, a abordagem do direito à terra fundada em direitos humanos traz outra perspectiva para o debate sobre o valor da terra como um componente social e cultural, e, mais importante, como um direito humano fundamental. Como os direitos de acesso e propriedade tradicional da terra, por parte das mulheres, das minorias, dos migrantes e pastores, são ignorados ou reduzidos no contexto atual, esses setores cada vez mais reivindicam que seu direito à terra são parte de seus direitos humanos fundamentais. Sob o lema *direito à terra é direito humano*, as pessoas reivindicam que as terras representam não somente um ativo econômico muito valioso, mas também uma fonte de identidade e cultura.

Com as importantes exceções dos direitos das mulheres e dos direitos dos povos indígenas, no entanto, o direito à terra não é reconhecido no texto de tratados de direitos humanos. Como explorado no artigo, o direito à terra é visto como elemento essencial para efetivação de outros direitos humanos. A conexão entre direito à terra e direito à alimentação parece estar ganhando algum destaque, com base em uma visão de que o primeiro é um elemento essencial para a efetivação do segundo. Uma abordagem muito semelhante ao direito à terra se desenvolveu sob a bandeira do direito à moradia. Em ambas as situações, o direito à terra tem sido identificado como um instrumento para a efetivação de outros direitos fundamentais.

Os exemplos prévios certamente representam um desenvolvimento importante

no âmbito da legislação internacional dos direitos humanos. Mas é paradoxal, que apesar da percepção cada vez aceita de que a efetivação de dois direitos humanos fundamentais (alimentação e moradia) se baseiam na proteção do direito à terra, este não seja considerado fundamental, sendo que não é encontrado nos tratados internacionais, apesar das reivindicações dos ativistas, organizações internacionais não-governamentais e outros autores da sociedade civil.⁴ Pode-se perguntar se a legislação de direitos humanos estaria pondo o carro na frente dos bois caso reconhecesse como fundamental o direito à terra, sem antes incorporá-lo e consolidá-lo dentro da normativa internacional.

Pode-se dizer que, é intrinsecamente um direito constantemente em disputa, por ser a terra uma fonte importante de riqueza, cultura e vida social. A distribuição e o acesso à terra não são neutros do ponto de vista político, e o direito à terra afeta a base econômica e social das sociedades. Também, suas diversas facetas econômicas, sociais e culturais geram tensões entre interesses distintos, em especial entre a necessidade de proteger o *proprietário* e ao mesmo tempo prover alguns direitos para os *sem terra*. Por último, o direito à terra constitui um elemento essencial de crescimento econômico e, como tal, envolve uma série de interessados, entre eles investidores estrangeiros poderosos.

Em última análise, o registro e a gestão da terra continuarão sendo de competência da legislação nacional de cada país, mas um instrumento internacional no direito humano à terra influenciaria a legislação fundiária e as reformas agrárias adotadas no âmbito nacional. Uma abordagem de direitos humanos pode ser uma ferramenta pertinente de garantir que tanto o valor cultural como o econômico da terra seja reconhecidos, e que o direito das pessoas sobre a terra seja respeitado como um direito fundamental. Os povos indígenas têm sido bem-sucedidos em reivindicar seus direitos fundamentais à terra, e conseguiram inseri-los na linguagem dos direitos humanos. Esse avanço extremamente positivo pode ser um indicativo de que chegou a hora de a comunidade de direitos humanos reivindicar o direito à terra como um direito humano fundamental para todos, proprietários e sem terra.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

ALLEN, Tom. 2007. Property as a fundamental right in India, Europe and South Africa. *Asia-Pacific Law Review*, v. 15, no. 2, p. 193-218.

BUDLENDER, Debbie; ALMA, Eileen. (2011). **Women and Land: Women Securing Rights for Better Lives**. Ottawa: International Development Research Centre (IDRC). Disponível em: <<http://www.idrc.ca/EN/Resources/Publications/Pages/IDRCBookDetails.aspx?PublicationID=1014>>. Último acesso em: Mar. 2013.

CASSIN, René. 1972. *Receuil des cours*. The Hague: Academy for International Law.

- COTULA, Lorenzo et al. 2009. **Land grab or development opportunity?:** Agricultural investment and international land deals in Africa. London; Rome: IIED/FAO/IFAD.
- DAUDELIN, Jean. 2003. **Land and violence in post-conflict situations.** Unpublished paper for the North-South Institute and the World Bank. Ottawa: Carleton University.
- DE SCHUTTER, Olivier. 2011. **The green rush:** the global race for farmland and the rights of land users. *Harvard International Law Journal*, v. 52, p. 504-559.
- FAY, Derick; JAMES, Deborah (Eds.). 2008. **The rights and wrongs of land restitution:** 'restoring what was ours'. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge-Cavendish.
- FOOD AND AGRICULTURAL ORGANISATION OF THE UNITED NATIONS (FAO). 2002. **Land tenure and rural development.** Rome. (FAO Land Tenure Studies, 3).
- _____. 2004. **Voluntary guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security:** adopted by the 127th Session of the FAO Council, November 2004. Rome.
- GILBERT, Jérémie. 2007. **Indigenous peoples' land rights under international law:** from victims to actors. Ardsley, NY: Brill.
- GILBERT, Jérémie; DOYLE, Cathal. 2011. A new dawn over the Land: Shedding Light on Indigenous Peoples' Land Rights. In: ALLEN, Stephen; XANTHAKI, Alexandra (Eds.). 2011. **Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.** Oxford; Portland, Or.: Hart Pub.
- HUSSEIN, Hussein Abu; MCKAY, Fiona. 2003. **Access denied:** Palestinian land rights in Israel. London; New York: Zed Books.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. 1989. **Convention No. 169 on the Rights of Indigenous and Tribal Peoples.** Geneva, 76th ILC session, 7 June. Disponível em: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- INTERNATIONAL LAND COALITION (ILC). 2003. **Towards a common platform on access to land:** the catalyst to reduce rural poverty and the incentive for sustainable natural resource management. Rome.
- _____. 2009. **Kathmandu Declaration – Securing Rights to Land for Peace and Food Security.** Disponível em: <http://www.landcoalition.org/sites/default/files/legacy/legacypdf/09_Katmandu_declaration_E.pdf?q=pdf/09_Katmandu_declaration_E.pdf>. Último acesso em: 23 Maio 2013.
- KOTHARI, Miloon; KARMALI, Sabrina; CHAUDHRY, Shivani. 2006. **The human right to adequate housing and land.** New Delhi: National Human Rights Commission.
- LECKIE, Scott (Ed.). 2008 **Housing, land, and property rights in post-conflict United Nations and other peace operations:** a comparative survey and proposal for reform. New York: Cambridge University Press.

- MIGGIANO, Luca; TAYLOR, Michael; MAURO, Annalisa. 2010. **Links between Land Tenure Security and Food Security**. Rome: International Land Coalition.
- PLANT, Roger. 1993. Land rights in human rights and development: introducing a new ICJ initiative. **International Commission of Jurists Revue**, Geneva, Switzerland, no. 51, p. 10-30, Dec.
- SCHABAS, William A. 1991. The omission of the right to property in the international covenants. **Hague Yearbook of International Law**, v. 4, p. 135-160.
- SCHEININ, Martin. 2000. The right to enjoy a distinct culture: indigenous and competing uses of land. In: ORLIN, Theodore. S.; ROSAS, Allan; SCHEININ, Martin. 2000. **The jurisprudence of human rights law: a comparative interpretive approach**. Turku/Abo: Abo Akademia University.
- TAYLOR, Michael. 2009. The global 'land grab': mitigating the risks and enhancing the opportunities for local stakeholders. Rome: International Land Coalition.
- UNITED NATIONS. 1948. **Universal Declaration of Human Rights**. General Assembly, resolution 217 A (III), Paris, 10 December. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 1965. **International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination**. General Assembly, resolution 2106 (XX), 21 December. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 1966a. **International Covenant on Civil and Political Rights**. General Assembly, resolution 2200A (XXI), 16 December. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 1966b. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. General Assembly, resolution 2200A (XXI), 16 December. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 1979. **The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women**. General Assembly, resolution 34/180, 18 December. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 1989. **Convention on the Rights of the Child**. General Assembly, resolution 44/25, 20 November. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 1990. **International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families**. General Assembly, resolution 45/158 of 18 December. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmw/cmw.htm>>. Último acesso em: 23 May 2013.
- _____. 1991. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No. 4 - The right to adequate housing (Art. 11 (1) of the Covenant)**. UN Doc. E/1992/23, 13 December. Disponível em: <<http://www>>.

unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/469f4d91a9378221c12563ed0053547e>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 1993. Commission on Human Rights (CHR). **Forced evictions** 'Comission on Human Rights Resolution, UN Doc., E/CN.4/1993/77. Disponível em: <http://www.unhabitat.org/downloads/docs/1341_66115_force%20evic%20chr1.htm>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 1994a. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). **General Recommendation No. 21 - 'Equality in marriage and family relations'**. UN Doc. A/49/38 at 1. 13th session. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 1994b. Human Rights Committee (HRC). **General Comment No. 23: the rights of minorities (Art. 27)**, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/fb7fb12c2fb8bb21c12563ed004df111>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 1997. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No. 7 - The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions**. Sixteenth session, 20 May. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/959f71e476284596802564c3005d8d50>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 1999. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment No. 12: the right to adequate food (Art. 11 of the Covenant)**. 12 May. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3d02758c707031d58025677f003b73b9>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 2002. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Jean Ziegler**, UN Doc. A/57/356 (2002). Disponível em: <<http://www.righttofood.org/wp-content/uploads/2012/09/A573561.pdf>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 2003. **Special Rapporteur on adequate housing. Study on women and adequate housing**. E/CN.4/2003/55, 26 March. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.2003.55.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.2003.55.En?Opendocument)>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 2005. Commission on Human Rights. **Women's equal ownership of, access to and control over land and the equal rights to own property and to adequate housing**. Commission on Human Rights, resolution 2005/25, E/CN.4/RES/2005/25. Disponível em: <http://www.unhabitat.org/downloads/docs/1371_16562_WR7.htm>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 2006a. **Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari**, E/CN.4/2006/41, 21 March. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/168/35/PDF/G0516835.pdf?OpenElement>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

_____. 2006b. **Report by the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination, Miloon Kothari**, UN Doc. E/CN.4/2006/118. Disponível

em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/111/66/PDF/G0611166.pdf?OpenElement>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

- _____. 2006c. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Jean Ziegler, Addendum, Mission to India (20 August- 2 September 2005)**, E/CN.4/2006/44/Add.2, 20 March. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/119/16/PDF/G0611916.pdf?OpenElement>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2006d. **International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance**. General Assembly, resolution A/RES/61/177. 20 December. Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2006e. **The Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. General assembly, resolution A/61/611. 13 December. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/DisabilityIndex.aspx>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2007a. **Basic principles and guidelines on development-based evictions and displacement contained in Annex I of the report of the Special Rapporteur**, UN Doc. A/HRC/4/18. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_en.pdf>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2007b. **Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari**, UN Doc. A/HRC/4/18, 5 February. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/106/28/PDF/G0710628.pdf?OpenElement>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2007c. **Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. [without reference to a Main Committee (A/61/L.67 and Add.1)]. General Assembly, resolution 61/295. 13 September. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_en.pdf>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2009. **Report of the Special Rapporteur on the right to food, Olivier de Schutter, Large-scale land acquisitions and leases: a set of minimum principles and measures to address the human rights challenge**, UN Doc. A/HRC/33/13/Add.2, 28 Dezembro. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A-HRC-13-33-Add2.pdf>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2011. **Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). Concluding observations of the Committee, Nepal**. UN Doc. CEDAW/C/NPL/CO/4-5, 11 August. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-NPL-CO-4-5.pdf>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.
- _____. 2012. **Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). Concluding observations of the Committee, Zimbabwe**. UN. Doc. CEDAW/C/ZWE/CO/2-5, 1 March. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-ZWE-CO-2-5.pdf>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT).
2008. **Secure land rights for all**. Nairobi, Kenya: UN-HABITAT; Global Land Tool Network (GLTN).

WALDRON, Jeremy. 1988. **The right to private property**. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press.

Jurisprudência

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS (ACHPR).
2010. **Communication 276/2003**, Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) and Minority Rights Group International (MRG) (on behalf of the Endorois) v Kenya (decision of Feb., 2010).

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (IACtHR). 2001.
The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 79, Judgment of August 31. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/AwasTingnicase.html>>. Último acesso em: 01 Mar. 2013.

NOTAS

1. O Artigo 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), dedicado aos direitos de mulheres de regiões rurais, estabelece que as mulheres devem "ter acesso aos créditos e empréstimos agrícolas, aos serviços de comercialização e às tecnologias apropriadas, e receber igual tratamento nos projetos de reforma agrária e de reassentamento." Os nove principais tratados de direitos humanos são: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de Tratamento ou Punição; a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos

Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias; a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2. Os outros são: disponibilidade de serviços, materiais, unidades e infraestrutura; economicidade, habitabilidade, acessibilidade para grupos desfavorecidos; localização e adequação cultural.

3. Ver: Habitat International Coalition. Housing and land Rights Network. Disponível em: <<http://www.hlrn.org/>>. Último acesso em: Maio 2013.

4. Ver, por exemplo: *Kathmandu Declaration: Securing Rights to Land for Peace and Food Security* (2009); *Bali Declaration on Human Rights and Agribusiness in Southeast Asia* e também: Relatório do Relator Especial sobre moradia adequada como componente do direito a um padrão adequado de vida, Miloon Kothari, UM Doc. A/HRC/4/18 (05 February 2007), no par. 31-33.

ABSTRACT

Land rights have received some attention as an issue concerning property rights and have been considered a specifically important right for indigenous peoples and women, but a right to land is absent from all international human rights instruments. This article reviews how land rights have been approached from five different angles under international human rights law: as an issue of property right, as a specifically important right for indigenous peoples; as an ingredient for gender equality; and as a rallying slogan against unequal access to food and housing. By examining these different approaches, the article proposes to identify the place of land rights within the international human rights instruments and jurisprudence as well as to examine why they have not been – and whether they should be – included in such documents as a stand-alone and specific right to land.

KEYWORDS

Land Rights – Women – Indigenous peoples – Right to food – Right to housing

RESUMEN

El derecho a la tierra ha recibido una cierta atención en cuanto problema de derechos de propiedad y como un derecho particularmente importante para los pueblos indígenas y las mujeres, pero este derecho se encuentra ausente de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Este artículo analiza como el derecho a la tierra ha sido abordado desde cinco ángulos diferentes en la legislación internacional de derechos humanos: como una cuestión de derecho de propiedad, como un derecho específicamente importante para los pueblos indígenas; como un ingrediente para la igualdad de género; y como una llamada para unirse contra la desigualdad en el acceso a la alimentación y a la vivienda. Al analizar estos diferentes enfoques, este artículo propone identificar el lugar del derecho a la tierra en los instrumentos y jurisprudencia internacional de derechos humanos así como analizar por qué ese derecho no ha sido incluido -y si debería ser incluido- como derecho específico e independiente.

PALABRAS CLAVE

Derechos sobre la tierra – Mujeres – Pueblos indígenas – Derecho a la alimentación – Derecho a la vivienda



PÉTALLA BRANDÃO TIMO

Pétalla Brandão Timo é mestre em Direito Internacional pelo Instituto de Altos Estudos Internacionais e do Desenvolvimento, em Genebra, na Suíça, e Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília, Brasil.

Email: petallatimo@gmail.com

RESUMO

O artigo oferece um panorama sobre o quadro de violações dos direitos humanos que vem ocorrendo no Brasil a partir da implementação de megaprojetos de desenvolvimento. Usando como pano de fundo os casos emblemáticos da Copa do Mundo de 2014 e do Complexo Hidroelétrico de Belo Monte, objetiva-se demonstrar que há um padrão de violações que se repetem, seja nas matas, no campo ou nas cidades. O artigo aporta ainda um estudo sobre a quem incumbem as responsabilidades nesse contexto. Almeja-se, com isso, incitar uma reflexão sobre que tipo de modelo de desenvolvimento, enquanto sociedade brasileira, deseja-se verdadeiramente para o país.

Original em português.

PALAVRAS-CHAVE

Megaprojetos – Desenvolvimento – Violações de direitos humano



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

DESENVOLVIMENTO À CUSTA DE VIOLAÇÕES: IMPACTO DE MEGAPROJETOS NOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL *

Pétalla Brandão Timo

1 Introdução

Em dezembro de 2011, a presidenta brasileira, Dilma Rousseff, afirmou em discurso que o respeito aos direitos humanos é condição essencial para o desenvolvimento do Brasil. Reconheceu, ademais, que a inclusão social e a distribuição da renda não são questões menores do desenvolvimento, já que não seria possível que um país de 190 milhões crescesse apenas para alguns.¹ A declaração de Dilma Rousseff, em tal oportunidade, incorporava uma visão que tem sido crescentemente defendida no plano internacional, principalmente a partir da década de 1990; isto é, a ideia de que desenvolvimento não se limita à crescimento econômico. Desenvolvimento e direitos humanos estão, ou pelo menos deveriam estar, intrinsecamente relacionados, sendo impossível considerar um tema dissociado do outro. Isso porque ambos compartilham o mesmo objetivo: a garantia e manutenção da liberdade, do bem-estar e da dignidade humanas. Sob essa ótica, os princípios de justiça social e participação democrática constituem parte indissociável do processo de desenvolvimento.

Impulsando-se em tal retórica, o Brasil se projetou no cenário internacional, principalmente ao longo da última década, como a grande promessa do desenvolvimento: um país de elevado índice de crescimento econômico, com uma democracia consolidada, garantidor dos direitos humanos, e que a cada ano livra da pobreza parcelas significativas de sua população. O discurso da presidenta Dilma Rousseff contrasta, entretanto, com a real maneira como o modelo de desenvolvimento brasileiro tem sido arquitetado e, sobretudo, levado a cabo no país.

*Este artigo foi produzido com o apoio da segunda edição do Programa de Incentivo à Produção Acadêmica em Direitos Humanos, no primeiro semestre de 2013, numa parceria entre a Conectas Direitos Humanos e a Fundação Carlos Chagas. Mais informações disponíveis em: <http://www.conectas.org/revista-sur/conectas-e-fundacao-carlos-chagas-divulgam-selecionados-para-o-programa-de-incentivo-a-producao-academica-em-direitos-humanos?pg=2>. Último acesso em: Maio 2013

Na atual conjuntura brasileira, prevalece o acirramento do chamado “modelo predatório de desenvolvimento” (LISBOA; BARROS, 2009). Esse modelo prioriza grandes obras de infraestrutura para dar suporte à projeção do país no mercado mundial, seja a partir da exploração intensiva de seus recursos naturais e energéticos, seja pela transformação de seus espaços urbanos em “cidades-espetáculo”.² Assim, segundo uma lógica de “aceleração do crescimento”, dita-se a maneira desenfreada como são executados os megaprojetos de desenvolvimento no país, em atropelo a princípios básicos do Estado Democrático de Direito. O suposto desenvolvimento, que beneficia enormemente a poucos grupos privilegiados, também tem se dado à custa de violações dos direitos humanos da população brasileira, sobretudo em suas parcelas mais vulneráveis – dentre as quais destacam-se populações tradicionais, tais como indígenas, ribeirinhos e quilombolas; mas também favelados, pessoas em situação de rua, entre outros.

A título de breve definição, cumpre caracterizar os chamados megaprojetos de desenvolvimento como aqueles empreendimentos de grande magnitude, complexos do ponto de vista técnico, que requerem investimentos orçamentários muito elevados. Esse tipo de projeto tende a atrair alto grau de atenção pública e interesse político devido aos imensos impactos diretos e indiretos que provocam na sociedade, no meio ambiente e nos gastos públicos e privados. Similarmente, megaeventos são aqueles caracterizados como de larga escala, que requerem investimentos altíssimos para sua implementação e que deixam legados físicos para a cidade-sede.

Essa realidade de um desenvolvimento à custa de violações de direitos humanos, que o Brasil se esforça em esconder dos olhos da comunidade internacional, é também ocultada dentro do país por um discurso dominante, de caráter nacionalista, recrimina aqueles que questionam os megaprojetos ou se colocam em oposição à forma como estão sendo executados. Sustentada pelos grandes canais de mídia do país, prevalece então a imagem de que tais empreendimentos trazem exclusivamente benefícios, emprego e geração de renda à população brasileira como um todo.

Em contraste, relatórios e denúncias produzidos por diversas organizações não governamentais e movimentos sociais organizados revelam: seja no campo, nas matas ou nas cidades, o padrão vigente de implementação de megaprojetos de desenvolvimento tem propiciado, de maneira recorrente, “graves violações de direitos humanos, cujas consequências acabam por acentuar as já graves desigualdades sociais, traduzindo-se em situações de miséria e destruturação social, familiar e individual” (CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOAS HUMANA, 2010: 12). Conjuntamente, as massivas manifestações populares que se multiplicaram em várias cidades brasileiras, durante principalmente o mês de junho de 2013, evidenciaram como esse tema vem assumindo um lugar importante nas pautas de debate social.

Dois exemplos de tal problemática se destacam no contexto contemporâneo. Tratam-se dos projetos de implementação de complexos hidroelétricos na Amazônia, e em particular o caso que recebeu maior atenção mundial, Belo Monte; e dos projetos de construção e revitalização urbana relacionados à Copa do Mundo de 2014. Em cada um desses dois casos, multiplicam-se os incidentes mais específicos, passando por diversas cidades e regiões brasileiras. Há, todavia, um denominador comum: em todos os casos, as populações que mais sofrem são sempre aquelas mais

vulneráveis, as mais pobres, que assistem aos seus direitos, embora garantidos pela Constituição e reconhecidos nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, serem sacrificados em favor da concretização desses projetos.

Tomando para si esse contexto, o presente artigo oferece uma análise sobre o quadro de violações de direitos humanos causadas pelos impactos da realização de megaprojetos de desenvolvimento no Brasil. Embora os referidos casos de Belo Monte e da Copa do Mundo figurem em destaque, não se pretende apresentar um estudo de caso. Ao delinear um panorama amplo, objetiva-se denunciar a existência de um padrão de violações que se repete seja nas matas, no campo ou nas cidades. Procura-se aportar com isso uma reflexão crítica sobre qual modelo de desenvolvimento seria verdadeiramente almejável para a sociedade brasileira, levando em conta uma abordagem de direitos humanos.

O artigo está organizado em três partes principais, além desta introdução e das considerações finais. A primeira parte compreende a contextualização da problemática. Partindo de reflexões teóricas sobre a relação entre direitos humanos e desenvolvimento passa-se a uma breve apresentação dos casos da Copa do Mundo e de Belo Monte, situando-os nos contextos doméstico e internacional. A segunda parte do artigo aborda, de forma mais específica, quatro dos principais tipos de violações nas quais o Estado brasileiro tem incorrido a partir da execução dos megaprojetos: violações ao direito à moradia digna, ao direito à saúde e ao meio ambiente, ao direito à informação e à participação democrática e, finalmente, as violações dos direitos humanos de defensores e ativistas. Esta seção toma por base o aporte jurídico dos direitos garantidos constitucionalmente e estabelecidos nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. A terceira parte está dedicada a uma reflexão sobre a responsabilidade do Estado face às violações de direitos humanos, com uma perspectiva de reparação e acesso à justiça, bem como de prevenção. Também nessa seção apresenta-se uma breve discussão sobre o papel do Estado em relação aos abusos cometidos por empresas ou por entidades privadas transnacionais. Por último, nas considerações finais, elucida-se o que significa uma abordagem de direitos humanos para o desenvolvimento.

2 Contextualização

A principal inquietação subjacente ao presente artigo pode ser sintetizada nas palavras de Wamala: “seria possível estabelecer as fundações para o desenvolvimento econômico e social ao mesmo tempo em que se estabelecem as fundações para a realização das liberdades e direitos individuais e coletivos?” (WAMALA, 2002, p. 102). Embora à primeira vista possa parecer simples conciliar os interesses de modernização e crescimento econômico com a garantia de direitos humanos, Wamala esclarece que um estudo empírico ao longo da história revela que, repetidamente, tanto no passado quanto na atualidade, as liberdades dos indivíduos e das coletividades foram cerceadas em nome do desenvolvimento.

Segundo o autor, os países considerados como ‘em vias de desenvolvimento’, tais como os do continente africano e latino-americano, encontram-se em uma situação diferente, mais complexa, com relação aos países ocidentais cujo ápice do

desenvolvimento econômico e industrial se deu entre os séculos XVIII e XIX. Isso porque, enquanto a Europa estruturou as fundações econômicas de suas sociedades durante a era mercantilista, ou seja, antes que tivessem que lidar com clamores por direitos individuais e coletivos, os países do Sul Global se veem obrigados a impulsionar o desenvolvimento econômico ao mesmo tempo em que respondem a demandas por direitos humanos. Em séculos passados, seria possível justificar, segundo a doutrina do nacionalismo, restrições às liberdades individuais em favor do bem maior comum da pátria. Péssimas condições trabalhistas, por exemplo, eram consideradas desejáveis dentro dos limites das demandas de crescimento da nação. Hoje, no quadro das garantias constituídas, torna-se inaceitável dos pontos de vista ético e legal a convivência de um governo com violações de direitos sob o pretexto de benefícios econômicos – pelo menos em teoria.

Na prática, porém, as necessidades do crescimento econômico continuam servindo de licença para numerosas violações de direitos humanos em todo o mundo. No Brasil, por exemplo, prevalece a lógica de que determinadas parcelas da população podem, ou melhor, devem suportar o ônus de serem afetadas em favor de um suposto bem comum. A principal mensagem transmitida nos grandes canais de mídia do país propicia um contexto em que a crítica não é bem vinda. Reforça o argumento segundo o qual os benefícios do desenvolvimento deverão gerar melhorias na qualidade de vida para a toda a população. Opor-se aos empreendimentos ou megaprojetos, portanto, equivale a opor-se ao Brasil. Como coloca Maybury-Lewis (1992, p. 49), “até mesmo habitar as regiões destinadas à implementação de tais planos pode ser considerado ‘barrar o caminho do desenvolvimento’, e a punição contra os que ficam no caminho geralmente é severa, como bem descobriram os povos indígenas”.

As autoridades, porta-vozes do desenvolvimento, insistem então, com base em estatísticas muitas vezes tendenciosas, que não se pode privilegiar os direitos das minorias em detrimento dos potenciais benefícios para a maioria. Porém, ainda nas palavras de Maybury-Lewis (1992, p. 52),

Esse argumento oculta a questão real. Há sacrifícios moralmente inaceitáveis, que não se impõem a um povo. [...] Se os sacrifícios reclamados não são moralmente inconcebíveis, sua imposição à minoria em nome da maioria somente se justifica se disso resultar uma efetiva redistribuição da riqueza por toda a sociedade. E esse não é o caso, no Brasil.

Cabe, contudo, uma importante ressalva: não se trata de sustentar uma oposição cega aos projetos de desenvolvimento em si mesmos, pois se deve reconhecer que, de fato, deles surgem oportunidades para melhorias. Trata-se de colocar em perspectiva quais são os reais custos socioambientais de tais projetos, a quais interesses eles respondem e a quem eles realmente beneficiam.

Atualmente, o Brasil vive um daqueles momentos em que o país é “governado como um imenso canteiro de obras e a ideia de progresso passa a girar em torno de um objetivo: a modernização da infraestrutura” (ATTUCH, 2008, s/p.), tendo o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) como o maior pacote de obras de

sua história. Um debate crítico sobre tal situação faz-se imprescindível na busca de meios para que o Brasil concilie desenvolvimento sustentável com a garantia de inclusão social e com ampliação de direitos.

2.1 Copa do Mundo

Quando em 2007 os brasileiros comemoraram a conquista da sede do campeonato mundial de futebol que se realizará em 2014, poucos poderiam antecipar o impacto perverso que os preparativos para o megaevento poderiam gerar na vida de cidadãos comuns. As comemorações do esporte-paixão-nacional ocultaram o anúncio de uma tragédia que lentamente se foi permitindo revelar, principalmente após a experiência na África do Sul, ou com base no ocorrido em outros países em desenvolvimento que sediaram eventos similares, como as Olimpíadas na China. Tomando em conta ainda o legado dos Jogos Pan-americanos no Rio de Janeiro, em 2007, já era possível prever que as violações chegariam acompanhadas de corrupção, falta de transparência e de diálogo, além da outorga de instrumentos legislativos e jurídicos “de exceção”, ou seja, aqueles que permitem a execução facilitada de obras e licitações, com observância mínima, ou nenhuma, de requisitos socioambientais (SOUZA, 2011).

Segundo informações da Transparência Brasil,³ de todos os projetos previstos para a realização da Copa do Mundo – referentes à estádios e arenas, mobilidade urbana, estrutura portuária, aeroportos, desenvolvimento turístico e segurança – apenas ‘estádios e arenas’ apresentam, até fins de 2013, mais de 50% dos trabalhos executados. Dados de dezembro de 2013 comprovam que, na realidade, em todas as outras áreas, menos de 25% do previsto foi realizado até agora, em que resta menos de dozentos dias para o evento, sendo possível portanto questionar a viabilidade de serem realizados até lá. No ímpeto de cumprir um cronograma já atrasado e sem o planejamento devido, as transformações legitimadas pelo selo Copa abrem caminho para o desrespeito a princípios do Estado Democrático de Direito (PRADO, 2011).

O fato é que muito pouco ou nada se fez para a Copa do Mundo que pudesse ser revertido em ganhos reais para as comunidades locais; isso sem falar na possibilidade do desvio de recursos de outras áreas, como saúde e educação, para a construção dos luxuosos estádios. Conforme destacam Pillay e Bass (2008), assim como Greene (2003), estudos com abordagens críticas sobre o legado de megaeventos demonstram que são superestimados os ganhos desses eventos para países em desenvolvimento, inclusive em termos de geração de emprego e estímulo ao investimento econômico. Em muitas cidades, os megaestádios são considerados verdadeiros “elefantes brancos”, já que é de caráter questionável sua funcionalidade e uso posterior aos jogos da Copa, aos quais, aliás, apenas uma parcela muito restrita da população brasileira terá acesso.

Além disso, nenhuma das intervenções até agora fazem parte de uma estratégia de planejamento urbano participativo, conforme determina o Estatuto das Cidades. Na maioria dos casos, o governo tem privilegiado os interesses das empresas patrocinadoras do evento em desfavor da preservação da cultura local. Uma demonstração disso é o caso da reforma do Maracanã, cujo projeto incluía a demolição de um edifício histórico, que abrigou, entre 1953 e 1977, o Museu do Índio e que hoje serve de moradia e centro de integração para dezenas de indígenas de diversas etnias que chegam à cidade.

Há de se considerar que megaeventos abarcam mais do que um conjunto de obras, incluindo um projeto de concepção urbanística que conduz à reestruturação das dinâmicas sociais de ocupação do espaço. Dá-se, então, início a um processo que os geógrafos denominam de “mercantilização da cidade” (ARANTES et al., 2000), que se traduz não somente em remoções forçadas, mas também na “gentrificação” ou limpeza estética dos espaços urbanos. Isto é, procede-se com a remoção dos “aspectos indesejáveis” para uma cidade que quer se exibir como vitrine para o mundo, dentre os quais populações em situação de rua e tudo o mais relacionado à pobreza.

Como consequência dos abusos, emergiu a resistência. Pouco a pouco, em todas as cidades-sede do evento, começaram a se mobilizar os chamados Comitês Populares da Copa, uma iniciativa pioneira, inexistente nos países que anteriormente abrigaram os eventos. Através do seu núcleo de Articulação Nacional (ANCP), os Comitês se organizaram para denunciar abusos e violações, promover audiências públicas, exigir transparência e informação, defender as comunidades atingidas, enfim, para lutar por uma Copa do Mundo verdadeiramente ‘nossa’. Finalmente, cumpre destacar que as discussões em torno deste tema figuraram como pauta central das manifestações de junho de 2013.

2.2 *Belo Monte*

Desde sua concepção inicial, nos antecedentes históricos da década de 1980, Belo Monte é um empreendimento altamente controverso. Atualmente, Belo Monte, que virá a ser a terceira maior hidroelétrica do mundo, é considerada a principal obra do PAC do governo federal. A polêmica em torno de sua construção, entretanto, nunca acabou, havendo se intensificado a partir do início de 2010 quando a licença ambiental prévia para sua construção foi concedida.

As discussões giram em torno de tópicos complexos, que dizem respeito não somente ao dimensionamento dos impactos socioambientais da obra, mas também à sustentabilidade da geração de energia pela usina face à sazonalidade do rio Xingu, bem como ao custo e ao destino da energia produzida, entre outros (SEVÁ FILHO, 2005). Por esse motivo, não são poucas as idas-e-vindas jurídico-institucionais em torno das concessões de autorização para sua construção, que incluem suspeitas de irregularidades e corrupção no seio de órgãos envolvidos no processo. Em meio a batalhas judiciais, contudo, foi dado início às obras em março de 2011.

Não se pretende alongar sobre como megaprojetos de energia, dentre os quais Belo Monte, não são necessários ou viáveis para um Brasil que se pretende sustentável (BERMANN, 2003). Ainda que a construção da usina fosse imprescindível ao país, é inegável que a maneira como o projeto foi elaborado e, sobretudo, como vem sendo executado, tem gerado inúmeras violações de direitos das comunidades atingidas.

O cenário se agrava ainda mais, dado que as chamadas “condicionantes”, com base nas quais o projeto foi aprovado, não estão sendo cumpridas pelo consórcio Norte Energia, empresa responsável pela construção. Tais condicionantes correspondem a quarenta exigências feitas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (Ibama) que visavam mitigar os impactos socioambientais do projeto por meio de investimentos em infraestrutura de educação, saúde, saneamento, entre

outros, nas áreas afetadas pelo projeto. Teoricamente, sem tais compensações seria impossível levar a construção da usina adiante; mas isso não é o que tem acontecido. As obras continuam a despeito do descumprimento das condicionantes.

Sem infraestrutura adicional para lidar com o aumento populacional de mais de 100% em função das obras, as cidades do entorno são diretamente impactadas pelo crescimento da demanda por serviços e pelo agravamento dos problemas sociais já existentes. Com a conclusão das obras, o inchaço populacional desvelará outro aspecto perverso: quando finalizada, a usina absorverá apenas uma parcela muito pequena desse pessoal, aumentando drasticamente os índices de desemprego em uma região incapaz de incluí-los no seu mercado de trabalho, ainda que uma parcela dos trabalhadores não permaneça na região. Tal situação contradiz o discurso oficial sobre os benefícios das obras em termos de geração de emprego.

Todos os problemas dessa ordem não são inéditos no Brasil. Cumpre lembrar que Belo Monte está longe de ser um caso isolado, mas repete padrões encontrados na construção de hidroelétricas no passado, tais como Tucuruí e Balbina, ou mesmo nas obras no complexo do Rio Madeira. Embora o norte do país concentre os conflitos relacionados a essa questão, é crucial destacar que as violações de direitos por construções de barragens não se limitam a esta região. Os problemas enfrentados pelas populações atingidas se assemelham nos diversos estados do país, conforme destaca o relatório produzido pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOAS HUMANA, 2008). É por esse motivo que há anos o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) vem lutando pelo reconhecimento e definição legal de “população atingida”, bem como pela garantia de direitos no que se refere ao pagamento de indenizações devidas e à realização de consultas prévias mediante informações.

Uma faceta perigosa desse modelo de “desenvolvimento a qualquer custo” adotado pelo Brasil está, ademais, refletida na postura de retaliações que o Estado brasileiro assumiu a partir de abril de 2011, quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) concedeu uma Medida Cautelar (MC) solicitando ao governo brasileiro a imediata suspensão do processo de licenciamento e das obras no complexo hidroelétrico de Belo Monte até que fossem observadas condições mínimas que garantissem os direitos dos povos indígenas afetados.⁴ A reação brasileira foi dura em desqualificar a ação da CIDH. O Brasil não somente recusou-se a cumprir com a MC como também, em retaliação, o Estado, pela primeira vez em sua história, não compareceu a uma reunião de trabalho da Organização dos Estados Americanos (OEA) para tratar do caso, retirou temporariamente o embaixador brasileiro perante a OEA, suspendeu a sua contribuição orçamentária anual e não apresentou a esperada candidatura do ex-Ministro de Direitos Humanos para a CIDH. Tal reação brasileira pode ser considerada inédita, já que no passado o país foi destinatário de outras medidas cautelares da CIDH, e até condenado em quatro demandas junto à Corte Interamericana, mas jamais havia respondido de tal maneira; ao contrário, havia indicado disposição em cumprir com as recomendações e decisões do Sistema Interamericano.

A pressão foi tamanha que em maio de 2011 o Secretário Geral da OEA disse publicamente que a decisão seria revista e, em setembro do mesmo ano, anunciou-se oficialmente uma modificação substancial da MC referente à Belo Monte, na qual se

alega que a discussão transcende o âmbito das medidas cautelares. O jogo político de ameaças colocou em risco, por consequência, a própria credibilidade e eficiência de um dos sistemas mais antigos de proteção de direitos humanos. Com isso, evidenciam-se também certas debilidades dos mecanismos internacionais frente aos interesses políticos e econômicos de países e corporações. Nesse contexto, não se pode perder de vista que, pela forte influência do Brasil na região, seu posicionamento é considerado crucial para a definição dos futuros rumos de um sistema que é de fundamental importância, inclusive para a manutenção das ordens constitucionais democráticas na região (VENTURA, 2012).

3 Violações de direitos humanos

Seria impossível, dentro dos limites dados pelo o escopo do presente artigo, abordar toda a variada gama de violações aos direitos humanos que os diversos megaprojetos de desenvolvimento podem ocasionar. No rol de violações, incluem-se desde as referentes aos direitos trabalhistas – com relação às condições, muitas vezes indignas e degradantes, em que os funcionários são empregados nas diversas obras –, passando por uma perspectiva de gênero, por exemplo com relação ao aumento dos índices da prostituição de menores e estupros de mulheres nas áreas próximas aos canteiros de obras, até aspectos menos evidentes, como violações do direito à alimentação das populações afetadas – por exemplo, a partir da contaminação de rios e, consequentemente, da pesca, do pastoreio e das pessoas que fazem uso dessa água para sua subsistência.

De modo a restringir o espectro, este artigo se detém em quatro temáticas específicas, que são normalmente percebidas como os principais tipos de violações de direitos humanos nesse contexto. Importante não perder de vista, contudo, que tal divisão é de carácter simplesmente didático, já que a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos implicam que uma mesma dinâmica possa ocasionar ao mesmo tempo diversas violações de direitos. Os casos apresentados de fato revelam que o quadro de violações está invariavelmente interrelacionado.

3.1 *Direito à moradia*

As remoções forçadas, em curso no Brasil, bem como outras violações associadas ao direito à moradia, são possivelmente o tipo de violação mais documentado em conexão com os megaprojetos de desenvolvimento.

O direito à moradia integra o direito à um padrão de vida adequado e não se resume à habitação, devendo incluir: segurança da posse, disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos, custo acessível, habitabilidade, não discriminação e priorização de grupos vulneráveis, localização adequada e adequação cultural (NAÇÕES UNIDAS, 2011). Da aplicação plena desse direito decorre a proteção contra despejos e remoções forçadas, que devem ser evitadas ao máximo, já que constituem um dos piores tipos existentes de violações de direitos humanos, como reconhecido pela ONU desde 1993.

Independentemente do título ou da forma legal de residência, todas as pessoas tem direito a receber proteção contra remoções, as quais podem ser realizadas apenas com o objetivo de promover o interesse público geral, obedecendo a princípios de razoabilidade

e proporcionalidade, além de serem reguladas de forma a garantir indenização justa e reinserção social. A legitimidade das remoções só pode ser determinada por meio democrático e participativo, a partir de informações transparentes e que vislumbrem alternativas e ofereçam tempo suficiente às comunidades (NAÇÕES UNIDAS, 2011).

Mas tudo o que “deveria ser” contrasta escancaradamente com o que tem ocorrido em locais como na Comunidade do Trilho, em Fortaleza, ou na Comunidade da Vila do Autódromo, no Rio de Janeiro. Ambas as comunidades estão situadas há décadas em zonas que, com o processo de expansão das cidades, se tornaram alvo da cobiça imobiliária. Recentemente, com base no oportunismo gerado pelos megaeventos, passou-se a argumentar que os despejos e remoções são fundamentais às obras, quando na verdade tudo indica que existem alternativas viáveis que não implicariam na remoção das pessoas. No caso da Vila do Autódromo, por exemplo, uma parceria entre moradores e universidades desenvolveu um Plano Popular, apresentando uma proposta de urbanização que demonstra não haver incompatibilidade entre a construção do futuro Parque Olímpico com a existência da comunidade e a preservação ambiental.

Além da completa ausência de informação e da exclusão dos cidadãos dos processos decisórios, prevalece o uso de intimidações e truculência no trato com os moradores. Casos similares se multiplicam em todas as outras cidades que se preparam para receber a Copa, conforme extensamente documentado. Estima-se que entre 150 a 170 mil pessoas poderão ser removidas pelas obras planejadas para o megaevento (ARTICULAÇÃO NACIONAL DOS COMITÊS POPULARES DA COPA, 2011).

As remoções ocorrem não somente porque os moradores são expulsos de suas casas por tratores e policiais, e sem o devido aviso prévio, mas também pela falta de garantias contra a especulação imobiliária e pela valorização dos imóveis em determinadas regiões, pois a elevação artificial de preços também pode propiciar a desocupação. O aumento explosivo dos preços de imóveis e aluguéis restringe o usufruto do direito à moradia ao empurrar famílias de baixa renda para situações cada vez mais precárias, sob o risco de tornarem-se “sem teto”.

Tal como tem se dado, o processo de expulsões e remoções oculta também uma lógica discriminatória. Em primeiro lugar, discriminatória contra comunidades pobres, historicamente marginalizadas. A deferência com que o prefeito do Rio de Janeiro manifestou que trataria a questão das indenizações em um dos únicos bairros de “classe média alta” afetados pelas obras revela, por exemplo, a absoluta falta de equanimidade por parte das autoridades no tratamento dos cidadãos. Com relação a moradores de bairros populares, o poder público tem usado diferentes formas de intimidação, como marcação de casas e invasão de domicílios. Em segundo lugar, agrega-se ainda um elemento de racismo e preconceito contra comunidades tradicionais. Em Porto Alegre, por exemplo, o pretexto das obras da Copa do Mundo deverá levar a desterritorialização de dezenas de povos de terreiros,⁵ por meio da desapropriação dos locais de culto, dentre os quais do terreiro que acredita-se ser o primeiro do estado do Rio Grande do Sul, situado ali há mais de 40 anos.

A luta dos movimentos populares brasileiros nesse âmbito tem gerado alguns resultados. A pressão alcançou esferas internacionais, com denúncias sendo levadas ao Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH). Respostas incluíram não somente recomendações importantes por parte da Relatora Especial da ONU para

o Direito à Moradia, mas também intervenções de países nesse sentido durante a Revisão Periódico Universal do Brasil perante o CDH. Atendendo às demandas, o Conselho de Defesa do Direito da Pessoa Humana (CDDPH) da Secretaria dos Direitos Humanos criou, no final de 2012, um Grupo de Trabalho sobre Moradia Adequada, com vistas à recolher informações sobre os problemas de moradia enfrentados pela população, com foco nos impactos de megaprojetos e megaeventos, e encaminhar recomendações aos municípios e estados.

Um cenário bastante semelhante se apresenta no meio rural, onde igualmente se multiplicam as violações do direito à moradia das populações afetadas, que são forçosamente deslocadas (JERONYMO et al., 2012). Em um contexto já marcado por intensos conflitos associados à terra, somam-se complicadores relacionados ao fato de que a maior parte das populações afetadas no campo correspondem a populações tradicionais – como indígenas, quilombolas e ribeirinhos –, cujos direitos, enquanto minorias, estão salvaguardados por meio de instrumentos legais específicos (NETO, 2007). Além disso, se apresentam agravados os impactos de megaempreendimentos sobre populações que possuem um vínculo indissociável com a terra enquanto território tradicional, mesmo que possivelmente ainda não exista a devida regularização de tal condição. Nesse âmbito inclui-se, portanto, a afetação dos direitos territoriais de povos tradicionais.

3.2 Direito à saúde e ao meio ambiente

Inevitavelmente, todos os megaprojetos de desenvolvimento geram graves impactos nos ecossistemas onde são implementados. Ainda que se façam estudos prévios de impacto ambiental e que se adotem e ponham em prática medidas compensatórias para mitigar tais efeitos, não restam dúvidas de que a poluição e os danos causados aos recursos hídricos e à biodiversidade dos ecossistemas geram consequências negativas sobre as condições de vida dos habitantes de tais regiões.

No caso de complexos mineiros, por exemplo, são inúmeros os problemas de saúde gerados pela emissão de poluentes no ar, bem como pela contaminação de solos, rios e mananciais. Já no caso das hidroelétricas, outro exemplo, a fragmentação da paisagem e a exploração predatória dos recursos naturais geram a deterioração da qualidade de vida e renda das populações indígenas, a perda de biodiversidade, a propagação de doenças endêmicas, e a redução da qualidade e disponibilidade de água adequada para consumo. Denúncias revelam também que uma série de acidentes graves passam indocumentados, entre outras irregularidades nos processos de licenciamento ambiental relacionado às atividades de ditas indústrias.

No caso de Belo Monte, reúnem-se os dois exemplos citados, de mineradoras e hidroelétricas. No final de 2012, um cenário alarmante revelou-se a partir do anúncio de que o maior projeto de mineração de ouro do Brasil, e um dos maiores do mundo, será implementado no trecho do rio, que perderá 80% de sua vazão como resultado da implantação da usina hidroelétrica, onde estão localizadas duas terras indígenas além de centenas de famílias ribeirinhas. O projeto, que prevê extração de minérios e armazenamento de rejeitos tóxicos, já está em fase de licenciamento ambiental, apesar dos estudos apresentados até o momento ignorarem o acúmulo de

impactos dos dois projetos somados. Demonstra-se, com isso, como tais impactos podem vir a ser subestimados, especialmente quando um megaprojeto serve como vetor de abertura para outros projetos subsequentes.

Os impactos negativos desse tipo se agravam uma vez que as populações atingidas não sabem a quem recorrer para solucionar os problemas encontrados. Faltam informações sobre os mecanismos de acesso à justiça e aos serviços básicos de saúde que possam oferecer acompanhamento e tratamento às populações atingidas – por exemplo, por meio de monitoramento de casos de doenças tipicamente relacionadas à zonas mineiras, como o câncer.

Nesse contexto, não se pode perder de vista a importância do princípio da prevenção, com vistas a evitar danos graves ao meio ambiente e à saúde das pessoas. Não é possível que se discuta o acesso à justiça somente do ponto de vista da reparação, quando o dano, provavelmente irreversível, já tenha sido causado. Cumpre ainda ressaltar a gravidade desse tipo de violação no que se refere aos povos indígenas, cuja cosmologia de existência está estritamente vinculada à preservação do meio ambiente. A degradação do meio ambiente, nesse caso, atenta contra o direito à vida dos povos.

Outro problema deriva exatamente da displicência com que se identificam as populações afetadas. Geralmente, o governo deixa a cargo das empresas o papel de definir ‘quem é atingido’ e lidar com as questões indenizatórias decorrentes. Conforme o MAB vem defendendo há anos, uma caracterização restritiva ou limitada do que sejam os atingidos está entre os principais fatores que causam violações de direitos humanos, pois isso acaba por desqualificar grupos sociais prejudicados que também deveriam ser considerados elegíveis para algum tipo de reparação (MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS, 2011, p. 97-99). Afinal, atingidos incluem todos aqueles que tiveram seu modo de vida e, principalmente, sua fonte de renda e sustento afetados pelo planejamento, implantação e operação do megaprojeto, tais como posseiros, pequenos comerciantes, garimpeiros artesanais, pescadores, entre outros grupos cuja sobrevivência dependa do acesso aos recursos naturais.

3.3 Direito à informação e participação no processo decisório

A participação pública dos cidadãos no monitoramento, avaliação e controle dos atos de governo é, inequivocamente, um dos principais instrumentos da democracia. O direito à informação é pressuposto básico à manutenção da ordem democrática, sem o qual fica impossibilitada a plena participação cidadã e o exercício do controle de políticas públicas. De acordo com o Princípio 10 da Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), os processos de desenvolvimento devem se dar em um ambiente favorável à liberdade de expressão, em que esteja garantido o acesso a informação, bem como oportunidades para que os grupos afetados expressem suas opiniões, que devem ser consideradas nos processos de tomada de decisão.

Especificamente no que se refere aos povos indígenas, é reconhecido o direito à Consulta Livre, Prévia e Informada (CLPI) com relação às ações do Estado que possam afetar seus bens e territórios. Em virtude da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais, ratificada pelo Brasil desde 2002, o governo está obrigado a consultar os povos

indígenas e buscar seu consentimento antes de empreender ou autorizar qualquer programa de exploração dos recursos existentes em seus territórios. O direito à CLPI implica requisitos básicos que a qualificam não somente como um simples evento informativo, mas sobretudo como um processo de diálogo legítimo entre o Estado e as populações interessadas, que almeje a conciliação de interesses.

Em contraste, verifica-se de modo generalizado nos megaempreendimentos no Brasil a ausência de um debate público informado. Segundo Lisboa e Barros (2009), os instrumentos de participação e instâncias compartilhadas de controle são constantemente negligenciados, e os processos decisórios são desconsiderados, privilegiando interesses externos aos da população local. Em muitos casos, as audiências públicas e oitivas indígenas não são realizadas ou, quando o são, servem apenas para cumprir um protocolo ou uma formalidade de praxe. Conforme relatado no caso da hidroelétrica de Candonga, localizada em Minas Gerais, o ambiente que se cria durante as audiências é de um tecnicismo que gera hostilidade e intimidação, sobrando pouco espaço para que as pessoas possam tirar dúvidas e opinar. O silêncio é então convenientemente utilizado pelas empresas para indicar uma postura de aprovação e acolhimento do projeto (BARROS; SYLVESTER, 2004).

Conforme relatório da organização não governamental Terra de Direitos (2011), os processos de discussão não são participativos, pois a informação disponível é insuficiente, não promove a conscientização, e só chega aos interessados quando etapas relevantes dos processos de decisão e planejamento já se completaram. Ademais, as audiências públicas geralmente cumprem o que é conveniente para o empreendedor, ou seja, obedecem a uma retórica de propaganda, que explora a ideia do ‘progresso para a região’ e omitem informações acerca da dimensão real das mudanças socioambientais.

Nas oitivas indígenas, adiciona-se o completo desrespeito às necessidades de adequação cultural, cuja observância exigiria o diálogo com tradução em línguas locais. Importante destacar que todo esse processo, por constituir uma etapa de interesse público, deve ficar a cargo das autoridades, que não podem delegar a função às empresas terceirizadas como tem sido feito.

Um clima de ocultamento de informações, no qual prevalecem decisões isentas de qualquer controle social, também é encontrado nas diversas cidades que se preparam para receber a Copa (ARTICULAÇÃO NACIONAL DOS COMITÊS POPULARES DA COPA, 2011). A gestão pública ignora os clamores sociais, recusando-se a discutir alternativas apresentadas pela sociedade – como no caso do Mercado Distrital do Cruzeiro, em Belo Horizonte, que se tornou alvo de potencial demolição em função dos projetos da Copa, muito embora os moradores do entorno e comerciantes tenham apresentado ao governo, em parceria com o Instituto de Arquitetos do Brasil (IAB), um projeto para sua revitalização.

3.4 Violações dos direitos humanos de defensores e ativistas

Em diversas partes do Brasil, cidadãos que se organizaram para defender comunidades afetadas e/ou o meio ambiente têm sido alvo de constantes ameaças, intimidações, ataques, agressões e inclusive execuções. Na maior parte dos casos, as autoridades não somente falham em conduzir investigações completas, como também em oferecer

meios de proteção adequados às vítimas e suas famílias. Além disso, interpõem-se obstáculos à prossecução de perpetradores e punição dos responsáveis nos rigores da lei. Configura-se, assim, uma situação de múltiplas violações em que se atenta contra as liberdades de expressão e associação, contra o direito à integridade física e o direito à vida, entre outros direitos.

No Brasil, os conflitos agrários e por recursos naturais geram todos os anos dezenas de vítimas fatais. Os inúmeros casos documentados mostram o quanto os processos de ‘desenvolvimento’ estão atravessados pela violência, com uma autorização tácita dada pelo Estado por meio da impunidade. Um exemplo de vítimas de conflitos socioambientais causados por megaempreendimentos de infraestrutura gerenciados por grandes empresas com apoio de recursos públicos, pode ser encontrado no caso dos pescadores da Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro. Quatro integrantes da Associação Homens e Mulheres do Mar foram assassinados em menos de quatro anos, além das inúmeras ameaças sofridas, sendo que todos os casos permanecem sem solução (CRP-RJ, 2012).

Na maior parte das vezes, atos de intimidação contra ativistas são perpetrados por grupos cujos interesses estão fortemente atrelados aos megaempreendimentos. Em outras situações, a repressão pode emanar dos próprios agentes do Estado. No caso de Belo Monte, por exemplo, em junho de 2012, a polícia civil do Pará requisitou a prisão preventiva de 11 pessoas acusadas de participar dos protestos contra a construção da usina – entre os acusados, no inquérito, estavam integrantes do Movimento Xingu Vivo para Sempre, um padre e uma freira missionários indigenistas e um documentarista de São Paulo.

Tomando em conta a debilidade do Estado em proteger defensores e ativistas contra ações violentas por parte dos grupos cujos interesses são contrariados, tem-se reivindicado a criação de um marco legal no país que garanta a efetiva proteção dessas pessoas. Um projeto tramita no Congresso para transformar em lei o Programa do governo federal de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos. Com isso, visa-se superar os entraves de falta de recursos e de dificuldades de articulação com os governos estaduais, entre outros problemas, tais como a lentidão da análise de solicitações.

Há uma preocupação de que a violência contra defensores seja favorecida pela existência também de um processo de invisibilização e criminalização dessas pessoas na sociedade, que as enxerga como ‘defensoras de bandidos’ e não como aquilo que verdadeiramente são, isto é, pessoas que prestam serviço a toda a sociedade e contribuem para o fortalecimento da democracia no país. Os poucos líderes comunitários que recebem algum tipo de proteção ecoam a importante pergunta que se fazem seus policiais de escolta: mas do que adianta dar segurança para que líderes comunitários continuem denunciando crimes que o Estado não pune?

4 Responsabilidades

De acordo com parâmetros estabelecidos no âmbito do direito internacional, cabe aos Estados as obrigações de respeitar, proteger e promover as normas de direitos humanos com as quais se comprometeram nos tratados internacionais. Normas de direito consuetudinário estabelecem que à violação de tais obrigações, por ação ou omissão,

segue-se a responsabilização do Estado. Responsabilizar implica os deveres de cessar imediatamente o ilícito e reparar o dano causado, com garantias de não repetição. Para os fins do direito internacional não é relevante a divisão administrativa interna do país em unidades federativas, pois os deveres incumbem à União que, por sua vez, deve funcionar como garantidora do respeito aos direitos humanos em todos os níveis.

No âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro, a noção de responsabilidade civil do Estado corresponde à obrigação atribuída ao Poder Público de ressarcir os danos causados a terceiros pelos seus agentes quando no exercício de suas atribuições. Agente público é entendido de forma ampla de modo a abranger não somente os agentes políticos e servidores públicos, mas também particulares em colaboração com o Estado, tais como fundações e empresas públicas, e concessionários de serviços públicos. A jurisprudência brasileira entende ademais que, segundo o princípio da isonomia, o dever de reparar ou compensar existe mesmo quando o dano foi provocado por ato lícito, desde que o próprio seja considerado grave. A doutrina da responsabilidade objetiva dispensa a prova da culpa, exigindo apenas três elementos: conduta estatal, dano e nexo de causalidade. A responsabilização constitui, assim, o mecanismo de defesa que indivíduo e grupos possuem perante o Estado, ou seja, a forma de o cidadão assegurar que todo direito seu que tenha sido lesionado pela ação pública seja ressarcido.

Ainda que no caso das violações em função de megaprojetos possa ser difícil dimensionar todos os danos sofridos e, conseqüentemente, seja desafiador o estabelecimento de medidas compensatórias adequadas para todas as pessoas afetadas, é imprescindível que isso seja feito. Tal esforço compreende não somente a completa identificação dos indivíduos, famílias e coletividades que possam ter sido direta ou indiretamente afetados, mas também o cálculo e pagamento de justas reparações por danos materiais e morais sofridos.

Embora as indenizações possam assumir um caráter não estritamente financeiro, os custos indenizatórios deveriam ser incorporados ao preço da obra. Se assim fosse, os custos de uma obra como Belo Monte poderiam revelar-se impagáveis ou, de tão exorbitantes, injustificáveis perto do lucro que gerariam. Em geral, tais custos são negligenciados simplesmente porque é sabido que, no final das contas, eles nunca serão pagos. A antecipação dos impactos aliada a compensações adequadas possibilitaria finalmente que violações não chegassem a ocorrer.

Cumprido, portanto, ao Estado brasileiro não somente respeitar as normas de direitos humanos, definidas na Constituição e nos tratados internacionais, mas também fazê-las respeitar por agentes privados. Esse aspecto é central, já que um vínculo crescente tem-se estabelecido entre grandes corporações e governos nacionais, por meio do qual as autoridades tornam-se cúmplices dos abusos cometidos por empresários. Além disso, em muitos casos, os abusos são cometidos por companhias estatais e/ou por empresas financiadas por instituições públicas, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e o Banco do Brasil. Nesse sentido, De Paula destaca:

As empreiteiras têm papel significativo na estratégia política hoje. Vários projetos realizados nos últimos dez anos tiveram como personagens principais quatro gigantes da construção: a Andrade Gutierrez, a Camargo Corrêa, a Odebrecht e a Queiroz Galvão. De estádios para a Copa à construção da hidrelétrica de Belo Monte, no rio Xingu, as

‘quatro irmãs’ juntas são as principais empresas para onde parte dos investimentos públicos está sendo direcionada. [...] Segundo estudo de pesquisadores americanos sobre a relação entre contratos públicos e doações de campanha, a cada R\$ 1 doado pelas empreiteiras para as campanhas políticas, R\$ 8,5 é devolvido em forma de projetos.

(DE PAULA, 2012, p. 102).

No que diz respeito aos atores não estatais, mais especificamente, já existe o consenso de que empresas devem cumprir ao menos com a observância de normas de direitos humanos, ou seja, devem respeitar tais regras, abstendo-se de violá-las (RUGGIE, 2011). A noção de ‘responsabilidade social corporativa’ insere-se justamente nesse contexto para expressar a ideia de que as empresas devem estar comprometidas com o bem-estar das populações impactadas por suas operações. A emergência de um amplo consenso ético-normativo nessa direção está refletida não somente em escala doméstica, mas também a nível internacional.

Uma ressalva, entretanto, faz-se necessária quando as empresas começam a utilizar-se de tais mecanismos como ‘falsas soluções’, isto é, utilizando-os estrategicamente apenas para melhorar ou limpar a imagem da empresa e, assim, encobrir o real impacto de suas operações. Embora no Brasil existam instrumentos, especialmente no âmbito civil e administrativo mas não no penal, para a responsabilização de empresas por abusos de direitos humanos, persistem todavia barreiras no acesso à justiça e aos remédios efetivos (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS, 2011).

Complicadores adicionais na atribuição de responsabilidades devem-se também ao fato de que boa parte dos megaprojetos de desenvolvimento no Brasil e no mundo envolvem também a participação de outros atores que podem ser de caráter transnacional. É o caso, por exemplo, de empreendimentos financiados com fundos de organismos internacionais, como o Banco Mundial (BM), ou ainda de projetos que devem obedecer a determinações impostas por entidades internacionais, tais como a Federação Internacional de Futebol (Fifa) ou pelo Comitê Olímpico Internacional (COI). Torna-se difícil, nesses casos de atuação difusa, atribuir as devidas responsabilidades a cada um dos atores, especialmente porque inexistem organismos em âmbito internacional com mandatos unificados para atuar nesse sentido.

Observa-se, contudo, que algumas inovações surgiram ao longo da última década, dentre as quais é possível mencionar o Painel de Inspeção do BM como um mecanismo administrativo independente por meio do qual vítimas afetadas por projetos do Banco podem vir a buscar reparação pelos danos sofridos. Outro exemplo nesse sentido são os casos litigiosos que surgiram nos Estados Unidos, nos quais a lei do *Alien Tort Statute* (Lei de reclamação por agravo contra estrangeiros – ATS) foi invocada perante a Suprema Corte norte-americana para exigir a responsabilização de empresas que violaram direitos humanos em outros países.

Há de se admitir que essa discussão é relativamente recente, havendo ainda muitas lacunas e indefinições sobre como lidar com a responsabilização, em diversos níveis, dos variados atores transnacionais envolvidos. O Estado, porém, permanece como ator principal em sua obrigação de zelar e de fazer cumprir os direitos humanos em sua jurisdição.

Resta, então, indagar como se farão valer as garantias do direito. A morosidade

do sistema judiciário no Brasil, e a ineficácia com que têm sido tratados casos desse tipo, somadas à postura que o governo brasileiro assumiu perante órgãos jurisdicionais internacionais, conformam um cenário bastante desesperançoso. Por isso, é imprescindível considerar que, nos casos de violações por megaprojetos de desenvolvimento, não se pode limitar a discussão sobre responsabilidades somente à questão reparatoria – ainda que este seja um aspecto importantíssimo do debate, já que a maior parte das populações atingidas no passado não receberam nenhum tipo de indenização pelos danos sofridos. Em uma perspectiva de planejamento futuro, faz-se necessário expandir a discussão para abarcar também os aspectos cruciais da prevenção. Ou seja, como é possível conceber e promover um modelo de desenvolvimento que minimize ao máximo o potencial de violações? Como conceber um modelo de desenvolvimento que verdadeiramente sirva à realização dos direitos humanos?

5 Considerações finais

Se o *slogan* do atual governo brasileiro, “Brasil, país rico é país sem pobreza”, traduz realmente o seu compromisso, então pode-se imaginar que é viável conciliar os objetivos de desenvolvimento do governo e os de defensores de direitos humanos. Pois sendo compartilhados os objetivos de acabar com a pobreza e de construir sociedades mais inclusivas, prósperas e justas então também pode haver o interesse de se trabalhar mais estreitamente. Isso porque a função dos direitos humanos, por meio de seus defensores, não consiste apenas em denunciar violações e constranger autoridades, mas sobretudo em informar e orientar os processos de tomada de decisão. Existe, portanto, uma janela de oportunidade para o diálogo que não se poderia perder.

A denominada “abordagem de direitos humanos para o desenvolvimento” representa exatamente essa operacionalização da complementariedade dos direitos humanos enquanto meios e fins do desenvolvimento. Esta abordagem integra normas, padrões e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos de desenvolvimento local. O direito confere caráter legal aos processos de desenvolvimento que devem, assim, orientar-se segundo os princípios de participação, empoderamento, transparência e não discriminação (ROBINSON, 2005). O grande mérito da abordagem dos direitos humanos é justamente o de que ela chama a atenção para a discriminação e a exclusão. Recusa-se a que ganhos e resultados de macroescala se deem inadvertidamente com base em violações dos direitos daqueles que não são beneficiados por tais projetos.

Neste ponto, revela-se uma resposta positiva ao questionamento inicial sintetizado nas palavras de Wamala (2002). Sim, é possível conciliar desenvolvimento econômico e social com a realização de direitos individuais e coletivos. Tal convergência está consolidada justamente no conceito de “desenvolvimento humano”, segundo o qual desenvolvimento é entendido como um processo de expansão das oportunidades de escolha do indivíduo para que possa ter acesso a conhecimento e recursos, e assim levar uma vida saudável (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2000). A ideia de que o desenvolvimento deve servir à realização dos direitos humanos, ao passo que não existe desenvolvimento sem respeito

a tais direitos, vem sendo crescentemente difundida e já foi inclusive incorporada à retórica das autoridades. Na prática, porém, falta ainda um longo caminho a ser percorrido para sua concretização.

O que se procurou com o presente trabalho foi demonstrar que o atual modelo de desenvolvimento implementado no Brasil não tem necessariamente livrado os brasileiros da pobreza, mas tem acentuado desigualdades e agravado a miséria em que vivem grupos historicamente marginalizados. Constata-se que o Brasil está longe de garantir todos os princípios que deveriam reger a lógica do desenvolvimento, quais sejam, participação, empoderamento, transparência e não discriminação. O modelo de desenvolvimento adotado no Brasil hoje não é libertador e não promove a expansão de oportunidades e capacidades para indivíduos e suas comunidades. A escolha feita pelo Brasil é catalisadora de conflitos socioambientais e realmente beneficia apenas alguns grupos privilegiados.

O momento é crucial para que a sociedade brasileira possa discutir amplamente alternativas e exigir criticamente das autoridades um desenvolvimento que realmente beneficie aos brasileiros. Os direitos humanos, nesse contexto, servem de parâmetro. A estatística oferece bons indicadores numéricos – de moradia, renda etc. – e é útil ao medir desigualdades. Mas a mera estatística não dá conta de aspectos não materiais e, com isso, deixa de transmitir o mais importante. Isto é, a humilhação e a perda de dignidade sofridas por aqueles excluídos do desenvolvimento. Que possam os direitos humanos, então, servirem como critério fundamental para o planejamento de políticas públicas e a avaliação de seus potenciais resultados.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ARTICULAÇÃO NACIONAL DOS COMITÊS POPULARES DA COPA - ANPCP. 2011. Megaeventos e Violações de Direitos Humanos no Brasil. Dossiê. Disponível em: <http://www.portalpopulardacopa.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=198:dossi%C3%AA-nacional-de-viola%C3%A7%C3%B5es-de-direitos-humanos> Último acesso em: Maio 2013.
- ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermíria. 2000. A Cidade do Pensamento Único: desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes.
- ATTUCH, Leonardo. 2008. A era dos megaprojetos [reportagem]. Isto É Dinheiro. disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/1560_A+ERA+DOS+MEGAPROJETOS>. Último acesso em: Maio 2013.
- BARROS, Juliana N.; SYLVESTRE, Marie-Eve. (Org.). 2004. Atingidos e Barrados – As violações de direitos humanos na hidrelétrica Candonga. Rio de Janeiro / Minas Gerais: Centro de Justiça Global / Comissão Pastoral da Terra -Minas Gerais; Movimento dos Atingidos por Barragens; Núcleo de Assessoria às Comunidades Atingidas por Barragens. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_jg_mg_candonga_2004.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.

- BERMANN, Célio. (2003). O Brasil não precisa de Belo Monte. Observatório da Cidadania, Belém, PA, p. 181-184.
- BRASIL. _____. Controladoria Geral da União. Portal da Transparência. Copa 2014. s/d. Como fazer download dos dados? Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/dados/download.seam>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2011. Portal Brasil. Respeito aos direitos humanos é condição para desenvolvimento, diz presidenta. 9 dez. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/12/9/respeito-aos-direitos-humanos-e-condicao-para-desenvolvimento-diz-presidenta>>. Último acesso em: Maio 2013.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS - CIJ. 2011. Acesso à Justiça: violações de Direitos Humanos por Empresas – Brasil. Relatório. Disponível em: <[http://www.fiepr.org.br/nospodemosparana/uploadAddress/brasil_report_august\[29640\].pdf](http://www.fiepr.org.br/nospodemosparana/uploadAddress/brasil_report_august[29640].pdf)>. Último acesso em: Maio 2013.
- CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOAS HUMANA - CDDPH. 2010. Relatório da Comissão Especial “Atingidos por Barragens”. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.gov.br/conselho/pessoa_humana/relatorios>. Último acesso em: Maio 2013.
- CONSERVAÇÃO INTERNACIONAL BRASIL. 2007. Estudo analisa implicações de megaprojetos de infra-estrutura. Brasília, 2 maio. Disponível em: <<http://www.conservation.org.br/noticias/noticia.php?id=240>>. Último acesso em: Maio 2013.
- DE PAULA, Marilene. 2012. Obstáculos para o Desenvolvimento? Direitos Humanos, Políticas de Infraestrutura e Megaeventos no Brasil. In: Um Campeão Visto de Perto – Uma Análise do Modelo de Desenvolvimento Brasileiro. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Stiftung. (Série Democracia). Disponível em: <http://br.boell.org/downloads/marilene_de_paula.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- GREENE, Solomon J. 2003. Staged Cities: Mega-events, Slum Clearance, and Global Capital. Yale Human Rights and Development Law Journal, v. 6, p. 161-187. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LawJournals/greene.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- JERONYMO, Alexandre C. J.; BERMANN, Célio; GUERRA, Sinclair M.-G. 2012. Deslocamentos, itinerários e destinos de populações atingidas por Barragens: UHE Tijuco Alto, SP – PR. Desenvolvimento e Meio Ambiente, UFPR, v. 25, p. 133-152. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/made/article/viewArticle/25273>>. Último acesso em: Maio 2013.
- LISBOA, Marijane.; BARROS, Juliana N. 2009. Relatoria do Direito Humano ao Meio Ambiente: Relatório Analítico mandato 2007 a 2009. In: SCHUHLLI, Laura B.; CARDIERI, Ligia (Org.). Desafios dos Direitos Humanos no Brasil e a Experiência das Relatorias Nacionais em Dhesca. Informe 2007/2009. Curitiba: Terra de Direitos, 2009. Disponível em: <http://issuu.com/plataformadhesc/docs/desafios_direitos_humanos>. Último acesso em: Maio 2013.
- MAYBURY-LEWIS, David. 1992. Desenvolvimento e Direitos Humanos: a responsabilidade do antropólogo. In: ARANTES, Antonio A.; RUBEN, Guillermo R.; DEBERT, Guita G. (Org.). Desenvolvimento e Direitos Humanos: A responsabilidade do antropólogo. Campinas: Editora da Unicamp, 1992. p. 49-55.

- MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS - MAB. 2011. A violação dos direitos dos atingidos por barragens no Brasil. In: MERLINO, Tatiana; MENDONÇA, Maria Luisa (Org.). Direitos Humanos no Brasil 2011. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. p. 97-102. Disponível em: <http://www.social.org.br/DH_2011_ALTA.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- NETO, Joaquim S. (Org.). 2007. Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Coleção Documentos de Bolso n. 1. Manaus: UEA.
- PILLAY, Udesch; BASS, Orli. 2008. Mega-events as a Response to Poverty Reduction: The 2010 FIFA World Cup and its Urban Development Implications. Urban Forum, v. 19, n. 3, p. 329-346.
- PRADO, Débora. 2011. Copa e Olimpíadas: o que realmente está em jogo?. Revista Caros Amigos, n. 166. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2011/fevereiro/copa-e-olimpiadas-o-que-realmente-esta-em-jogo>>. Último acesso em: Maio 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. 2000. Relatório de Desenvolvimento Humano. Síntese; Direitos Humanos e desenvolvimento humano - pela liberdade e solidariedade. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDH2000/Sintese_RDH.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. 2011. Relatoria Especial da ONU para a Moradia Adequada. 2011. Como Atuar em Projetos que Envolvem Despejos e Remoções: Princípios Básicos e Orientações para Remoções e Despejos Causados por Projetos de Desenvolvimento. Guia. Supervisão Raquel Ronilk, textos Paula Ligia Martins, Marcia Saeko Hirata e Joyce Reis. Disponível em: <http://issuu.com/unhousing/docs/guia_portugues/1>. Último acesso em: Maio 2013.
- ROBINSON, Mary. 2005. What Rights Can Add to Good Development Practice. In: ALSTON, Philip; ROBINSON, Mary. (Ed.). Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement. New York: Oxford University Press. p. 24-44. Disponível em: <<http://fds.oup.com/www.oup.co.uk/pdf/0-19-928462-8.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- RUGGIE, John. 2011. Empresas e Direitos Humanos. Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar. Relatório Final. UN Doc HR/PUB/11/04. São Paulo: Conectas. Versão em português disponível em: <[http://conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>. Último acesso em: Maio 2013.
- SEVÁ FILHO, Arsenio O. (Org.). 2005. Tenotã-Mó: Alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no rio Xingu, Pará, Brasil. São Paulo: International Rivers Network. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10340.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- SOUZA, Robson. 2011. A Copa do Mundo é nossa? Observatório das Metrópoles. Disponível em: <http://www.observatoriodasmetrolopes.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=39%3Aa-copa-do-mundo-%C3%A9-nossa%3F&lang=pt>. Último acesso em: Maio 2013.
- TERRA DE DIREITOS. 2011. Cartilha Protegendo-nos: medidas para proteção de

defensores de direitos humanos em defesa dos rios amazônicos. Disponível em: <<http://landsandrights.blog.com/files/2011/10/Cartilha-Protegendo-nosTDD.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.

VENTURA, Deisy. 2012. Depois de Belo Monte, Brasil mudou sua postura com a OEA. Entrevista concedida a Raquel Duarte. Jornal Sul 21, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/2012/09/depois-de-belo-monte-brasil-mudou-postura-com-a-oea-diz-deisy-ventura/>>. Último acesso em: Maio 2013.

WAMALA, Elizabeth. 2002. Freedom and Human Rights: The Development Dilemma in Sub-Saharan Africa. In: DALFOVO, A. T. et al. (Ed.). Ethics, Human Rights and Development in Africa. Ugandan Philosophical Studies, III. Cultural Heritage and Contemporary Change, series II, v. 8. Washington, DC: Council for Research in Values and Philosophy. p. 101-114.

WANDERLEY, Isabella F. et al. 2007. Implicações da Iniciativa de Integração da Infra-estrutura Regional Sul-americana e projetos correlacionados na política de conservação no Brasil. Revista Política Ambiental, Conservação Internacional Brasil, Belo Horizonte, n. 3, maio, p. 3-42. Disponível em: <http://www.conservation.org.br/publicacoes/files/politica_ambiental_3_maio_2007.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.

Jurisprudência

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2011. Decisão MC-382-10 de 01 de abril. Comunidades indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará. <http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Carta_otorgamiento_corregida_peticionario1.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.

NOTAS

1. A este respeito cf. a matéria publicada no Portal Brasil de 09/12/2011 intitulada "Respeito aos direitos humanos é condição para desenvolvimento, diz presidenta", disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/12/9/respeito-aos-direitos-humanos-e-condicao-para-desenvolvimento-diz-presidenta>>. Último acesso em: 05/02/2013

2. A noção "cidades-espetáculo" é usada para caracterizar espaços urbanos que foram transformados a partir da possibilidade de servir como palco mundial para megaeventos. Devido à visibilidade que tais eventos geram para a cidade, sua aparência torna-se aspecto primordial para os esquemas de renovação. O desenvolvimento dessas cidades deixa, assim, de servir às necessidades de todos os seus moradores, e passa a obedecer a uma lógica de mercado, que pouco oferece soluções de longo prazo para os reais problemas urbanos e apressadamente elimina os aspectos considerados

"indesejáveis" à paisagem (GREENE, 2003).

3. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/dados/download.seam>> ou ainda em interface de fácil visualização <<http://opencopa.com/>>. Último acesso em: Maio. 2013.

4. Tais condições incluíam: a realização de processos de consulta prévia, livre, informada, de boa-fé e culturalmente adequada; e a adoção de medidas vigorosas para proteger a vida, a saúde e a integridade pessoal dos povos indígenas afetados. A este respeito cf. Decisão MC-382-10 de 01/04/2011 da CIDH-OEA, disponível em: <http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Carta_otorgamiento_corregida_peticionario1.pdf>. Último acesso em: Ago. 2013.

5. Nota da editora: local sagrado onde seguidores religiosos da Umbanda e/ou do Candomblé se encontram para cultuar suas divindades, mais conhecidas como Orixás.

ABSTRACT

This article offers an overview of the human rights violations that have been taking place in Brazil as a result of the implementation of mega development projects. Using the emblematic cases of the 2014 World Cup and the Belo Monte hydroelectric complex as a backdrop, it aims to demonstrate that there is a pattern of violations that is being repeated, whether in the forests, the countryside or in the cities. The article also looks at where the responsibilities lie in this context. It proposes, therefore, to promote a reflection on what kind of development model is truly desirable for Brazilian society and for the country.

KEYWORDS

Megaprojects – Development – Human rights violations

RESUMEN

El artículo presenta un panorama sobre las violaciones de derechos humanos que han venido ocurriendo en Brasil a partir de la implementación de megaproyectos de desarrollo. Teniendo como telón de fondo los casos emblemáticos del Mundial de Fútbol de 2014 y del Complejo Hidroeléctrico de Belo Monte, el texto tiene como objetivo demostrar que existe un patrón de violaciones que se repiten, tanto en regiones selváticas, como en el campo o en las ciudades. El artículo también aporta un estudio sobre a quién le corresponden las responsabilidades en ese contexto. Con este trabajo, se pretende incitar una reflexión sobre qué tipo de modelo de desarrollo, como sociedad brasileña, realmente se desea para el país.

PALABRAS CLAVE

Megaproyectos – Desarrollo – Violaciones de derechos humanos



DANIEL W. LIANG WANG

Daniel W. Liang Wang é doutorando pela *London School of Economics and Political Science*, mestre em Direito pela Universidade de São Paulo e mestre em Filosofia e Políticas Públicas pela *London School of Economics and Political Science*.

E-mail: d.w.wang@lse.ac.uk



OCTAVIO LUIZ MOTTA FERRAZ

Octavio Luiz Motta Ferraz é professor adjunto na Universidade de Warwick, doutor pela *University College London*, mestre pela *King's College London* e mestre em Direito pela Universidade de São Paulo.

E-mail: O.L.M.Ferraz@warwick.ac.uk

RESUMO

No Brasil, o litígio sobre direito à saúde suscita um debate sobre efeitos distributivos em um contexto de escassez de recursos. Vários estudos indicam que uma parcela significativa dessas ações são movidas por litigantes individuais que vivem nos estados, cidades e bairros mais ricos do Brasil e, em geral, são representados por advogados particulares, cujos honorários muito excedem o que a maioria da população pobre poderia custear. Para alguns, isto sugere que os efeitos distributivos do litígio são, muito provavelmente, negativos, porque as ações tendem a beneficiar um grupo socioeconômico privilegiado, e obrigam autoridades da área de saúde a desviar para este grupo recursos de programas de saúde abrangentes que atendem a maioria da população. Outros, no entanto, sustentam que o sistema judiciário pode, mesmo assim, servir como mecanismo institucional importante onde pobres podem expressar suas demandas, e desta forma tornar o sistema de saúde mais equânime. O principal problema a ser enfrentado por este “campo pró-litígio”, portanto, é aprimorar o acesso à Justiça. Nosso objetivo é analisar casos em que litigantes são representados por defensores e promotores públicos em ações judiciais relativas ao direito à saúde na cidade de São Paulo, com o intuito de verificar se têm beneficiado os cidadãos mais necessitados. Este estudo considera três indicadores: a renda dos litigantes, o Índice de Desenvolvimento Humano e o Índice de Necessidade em Saúde das áreas onde os litigantes residem. Nossa conclusão é que, embora defensores e promotores públicos pareçam de fato representar principalmente pessoas de baixa renda, outros indicadores sugerem que há ainda obstáculos consideráveis para que consigam atender os mais necessitados.

Original em inglês. Traduzido por Thiago Amparo.

Recebido em fevereiro de 2013. Aprovado em maio de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à saúde – Acesso à justiça – Defensores e promotores públicos – Pobreza - Brasil



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

ATENDENDO OS MAIS NECESSITADOS? ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DOS DEFENSORES E PROMOTORES PÚBLICOS NO LITÍGIO SOBRE DIREITO À SAÚDE NA CIDADE DE SÃO PAULO

Daniel W. Liang Wang e Octavio Luiz Motta Ferraz*

1 Introdução

Desde o reconhecimento do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988, e com mais intensidade a partir dos anos 2000, centenas de milhares de ações judiciais foram apresentadas ao sistema judiciário brasileiro, nas quais se requer que juízes obriguem o governo a efetivar o direito à saúde.¹ No meio acadêmico, há um interesse cada vez maior em estudar as particularidades desse fenômeno, bem como seu impacto no gozo efetivo do direito à saúde pela população brasileira.

Até o momento, o quadro geral no Brasil (FERRAZ, 2011a, 2011b) indica que o litígio concentra-se amplamente em estados, municípios e bairros com indicadores socioeconômicos e, conseqüentemente, condições de saúde relativamente melhores. Alguns estudos mostram que grande parcela dos gastos do governo com litígio diz respeito a tratamentos individuais, em geral medicamentos importados e, em sua maioria, caros, para tratar condições que, argumenta-se, não são prioritárias para a maioria da população atendida pelo sistema público de saúde (VIEIRA e ZUCCHI, 2007; CHIEFFI e BARATA, 2009; MAESTADT, RAKNER, FERRAZ, 2011; NORHEIM e GLOPPEN, 2011). Ademais, há uma forte evidência empírica indicando que, na maioria dessas localidades, litigantes que reivindicam judicialmente tratamentos de saúde tendem a vir de origens privilegiadas (VIEIRA e ZUCCHI, 2007; SILVA e TERRAZAS, 2011; CHIEFFI e BARATA, 2009; MACHADO et al., 2010; MACEDO, LOPES, BARBERATO-FILHO, 2011; PEREIRA et al, 2010; SANTOS, 2006).

*Agradecemos a Virgílio Afonso da Silva e Diogo R. Coutinho pelos seus enriquecedores comentários nas versões anteriores deste artigo. Também gostaríamos de agradecer aos assistentes da reunião anual da Associação de Direito e Sociedad (Law and Society Association), onde foi apresentado este artigo pela primeira vez. Também estamos em dívida com os defensores públicos Rafael Vernaschi e Vânia Casal e com o Ministério Público por nos permitir ter acesso aos dados utilizados nesta investigação.

De acordo com esses estudos, portanto, a judicialização do direito à saúde no Brasil tende a beneficiar uma minoria socioeconomicamente privilegiada, com maior acesso à informação, à assistência jurídica e ao sistema judiciário. Isso tende a obrigar autoridades de saúde a desviar escassos recursos de programas abrangentes e racionalmente planejados, que atendem a maioria da população, para serviços (muitas vezes, aquisição de medicamentos novos e caros), que não são nem economicamente eficientes nem prioritários em um sistema público de saúde que busca atender, com recursos limitados, uma grande população necessitada (VIEIRA e ZUCCHI, 2007; CHIEFFI e BARATA, 2009; FERRAZ, 2009, 2011a, 2011b; MAESTADT, RAKNER, FERRAZ, 2011; NORHEIM e GLOPPEN, 2011).

Esse “modelo brasileiro” de litígio na área de saúde (FERRAZ, 2009, 2011a) tem dividido estudiosos em dois campos opostos. De um lado, consolida-se o campo pró-litígio, segundo o qual o litígio desempenha um papel legítimo e positivo, compelindo um Poder Executivo relutante a efetivar o direito à saúde consagrado na Constituição de 1988. Outros, no entanto, sustentam que o tipo de litígio predominante no Brasil (o “modelo brasileiro”), ao invés de efetivar o direito à saúde, pode de fato dificultar sua aplicação.²

Neste artigo, queremos analisar a fundo um dos argumentos apresentados pelo aqui chamado “campo pró-litígio”, o qual nos parece, em princípio, plausível. No entanto, antes disso, devemos primeiro diferenciar duas grandes vertentes pertencentes ao campo pró-litígio, significativamente distintas (uma vez que nosso artigo dialoga com apenas uma dessas vertentes).

Uma posição (defendida, principalmente, por advogados, juízes e alguns ativistas do direito à saúde), simplesmente negligencia ou ignora a relevância do panorama decorrente das pesquisas empíricas citadas acima. Para eles, o “modelo brasileiro” de litígio não é nem um pouco problemático, mesmo se beneficia principalmente uma minoria socioeconomicamente privilegiada, pois ainda serve como forma de implementar o direito à saúde, reconhecido pela Constituição como um direito universal, sem distinção entre pobres ou ricos.

Consideramos essa posição indefensável, por motivos que podemos apenas indicar brevemente aqui. Dado que recursos de saúde são necessariamente escassos (ou seja, recursos disponíveis no sistema público de saúde no Brasil são insuficientes para atender todas as necessidades em saúde de toda a população), o direito à saúde reconhecido na Constituição brasileira não pode ser interpretado de maneira convincente como um direito irrestrito de satisfação integral das necessidades de saúde de toda a população brasileira (FERRAZ; VIEIRA, 2009). Além disso, em países altamente desiguais como o Brasil, onde há imensas desigualdades históricas em relação à saúde e a todos os outros bens sociais, desigualdades essas que a Constituição se propõe a reduzir (artigo. 3º), o direito à saúde não pode ser interpretado de forma neutra diante das necessidades dos mais pobres. Tal interpretação “neutra” pode perpetuar essas imensas desigualdades ou, pior ainda, agravá-las, como provavelmente vem fazendo o modelo brasileiro de litígio, embora talvez não em grande escala, ao menos até o momento (FERRAZ, 2009).

A outra posição vinculada ao campo pró-litígio é muito mais plausível. Essa vertente aceita todos os pressupostos do campo “antilitígio”, ou seja, que os recursos são

escassos, que devem ser distribuídos de maneira não neutra com o objetivo de melhorar as condições de saúde dos mais necessitados e, por fim, que o modelo brasileiro de litígio não é ideal. No entanto, essa vertente acredita que o modelo brasileiro não é inteiramente negativo e adota uma visão otimista sobre a possibilidade de aprimorá-lo.

Um dos argumentos apresentados por essa vertente sugere que tribunais podem (ao menos, potencialmente) propiciar um mecanismo institucional importante para que os mais carentes expressem suas reivindicações, desde que os menos favorecidos tenham acesso a esses mecanismos. Desta forma, a solução não deveria cessar o litígio, como alguns críticos da judicialização da saúde parecem sugerir, mas sim *estendê-lo* àqueles que dele mais precisam. Em outras palavras, o problema não é o modelo brasileiro de litígio, mas sim o acesso à Justiça. Portanto, se houver uma melhoria significativa no acesso à Justiça, o litígio poderia, em princípio, gerar um impacto positivo.

Essa é a hipótese que testamos neste artigo. De fato, o acesso à Justiça tem em certa medida melhorado no Brasil, desde a Constituição de 1988. No que diz respeito ao litígio sobre o direito à saúde, há dois estados onde o número de litigantes representados por advogados públicos excede aqueles defendidos por advogados particulares: Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (PEPE et al., 2010; SANT'ANNA, 2009; MESSEDER OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005; BIEHL et al., 2012).³ No caso da cidade de São Paulo, entre 25-30% dos requerentes (SILVA; TERRAZAS, 2011; CHIEFFI e BARATA, 2009) foram representados por advogados públicos vinculados à Defensoria Pública (daqui em diante DP) e ao Ministério Público do Estado de São Paulo (daqui em diante MP), cuja competência é exclusiva (no caso da DP) ou parcial (no caso do MP) para representar os mais desfavorecidos.

Utilizamos dados empíricos, coletados em 2009 na DP e no MP na cidade de São Paulo, sobre o perfil socioeconômico de litigantes e os tipos de benefícios de saúde requeridos por meio de litígio. Nosso objetivo é determinar se esses advogados públicos são capazes de gerar as mudanças que a posição mais plausível dentro do campo pró-litígio sustenta ser possível. Se há algum agente capaz de fazer uso de estratégias de litígio para melhorar políticas de saúde destinadas às pessoas mais necessitadas, provavelmente seriam esses advogados públicos.⁴ Supondo correta nossa interpretação não neutra do direito à saúde, as questões que buscamos aqui responder são: i. Advogados públicos têm representado, até o momento, os mais necessitados? ii. Eles têm concentrado seus esforços nas prioridades em saúde dos setores mais pobres da população?

A cidade de São Paulo foi escolhida como estudo de caso por vários motivos. Em primeiro lugar, em razão da disponibilidade de dados e do acesso a eles. Em segundo lugar, porque São Paulo é uma das cidades onde o litígio referente à saúde é mais generalizado, em parte por ser esta a maior cidade do Brasil em população e riqueza, e também por contar com um sistema público de saúde bem desenvolvido. Por último, a maior parte da pesquisa empírica, que demonstra uma forte correlação entre condição socioeconômica e grau de litígio, foi conduzida em São Paulo. Por essas razões, é possível utilizar o caso de São Paulo para comparar o litígio na área de saúde promovido por advogados particulares em nome de indivíduos relativamente favorecidos com o litígio patrocinado por advogados públicos, com o objetivo de verificar se os argumentos apresentados pelo campo pró-litígio resistem a tal análise.

2 Os dados

2.1 *Defensoria Pública (DP)*

A DP é a instituição responsável por fornecer assistência jurídica gratuita para cidadãos de baixa renda que não possuem recursos econômicos para arcar com advogados particulares. Especificamente, no estado de São Paulo, essa instituição foi estabelecida somente em 2006⁵, e oferece assistência jurídica a cidadãos cuja renda familiar mensal não ultrapassa três vezes o salário mínimo nacional.

Quando a coleta de dados foi concluída, em fevereiro de 2009, o salário mínimo nacional era de R\$ 465,00, portanto o limite de renda para receber os serviços de assistência jurídica gratuita prestados pela DP era R\$1.395,00, o equivalente, na época, a US\$ 580. No entanto, esse limite é flexível, e aqueles com renda acima desse patamar ainda podem se qualificar para receber assistência jurídica, dependendo da condição familiar (bens e número de membros na família), do valor econômico envolvido na ação judicial e do tipo de litígio em questão. Especificamente, nos casos envolvendo medicamentos, o limite pode ser (e, muitas vezes, é) desconsiderado quando o preço do medicamento pleiteado é alto.

A DP conta com muitas unidades distribuídas na cidade de São Paulo, mas os casos referentes ao direito à saúde estão centralizados em uma única unidade (Unidade Fazenda Pública) localizada no centro da cidade. Nessa unidade, em 2009, havia cinco defensores públicos, e a distribuição de casos entre eles era aleatória, o que significa que cada um desses defensores era responsável por, aproximadamente, o mesmo número de casos. Considerando essa forma de distribuição, a análise dos casos distribuídos a cada um dos defensores públicos proporciona uma amostra aleatória de 20% dos casos referentes ao direito à saúde litigados pela DP.

Selecionamos casos de 2006, ano em que a Defensoria Pública foi estabelecida em São Paulo, até fevereiro de 2009, quando a pesquisa foi concluída. Ao todo, 340 casos relativos ao direito à saúde foram analisados.

2.2 *Ministério Público (MP)*

O MP é uma instituição responsável por, entre outras funções, assegurar que as autoridades públicas respeitem os direitos assegurados na Constituição e por resguardar e representar interesses coletivos e difusos.⁶ Embora DP e MP possuam legitimidade ativa para ingressar com ações judiciais individuais e coletivas, um acordo informal entre essas duas organizações determinou que, em São Paulo, a DP seria a principal responsável por ações individuais, ao passo que o MP seria encarregado principalmente por ações civis públicas.⁷

No MP do Estado de São Paulo, na época, havia um departamento especialmente dedicado a casos referentes ao direito à saúde: o Grupo de Ação Especial da Saúde Pública e da Saúde do Consumidor (Gaesp).

O Gaesp foi criado em 1999 e, até a data em que a pesquisa foi concluída, fevereiro de 2009, esse grupo havia ingressado com 62 ações civis públicas. Dentre essas ações, escolhemos apenas aquelas apresentadas contra autoridades públicas e nas quais

se requer algum tipo de tratamento de saúde ou outras medidas de saúde por parte do poder público (32 casos se enquadram nessa descrição e foram, portanto, analisados).

3 Quadro geral dos casos

3.1 Defensoria Pública

Dos casos apresentados pela Defensoria Pública, a maioria (47%) traz um pedido de medicamentos para os seguintes problemas de saúde: diabetes (25,24%), paralisia cerebral (6,65%), hipertensão arterial (5,48%), glaucoma (3,32%), acidentes vasculares cerebrais (3,33%), doenças do coração (3,33%) e câncer (2,35%). Além disso, contatou-se um número significativo de casos onde os litigantes requerem produtos de saúde para medição e controle de diabetes e fraldas para pessoas que sofreram acidentes vasculares cerebrais e paralisia cerebral.

Na maioria dos casos, a DP teve êxito. Dos 293 casos em que esta informação estava disponível, em 84,64% deles o defensor público obteve uma decisão liminar favorável ao autor. Em 78% dos casos a decisão de mérito foi a favor do autor. Além disso, os dados coletados revelam que o governo do Estado de São Paulo interpôs 187 recursos ao Tribunal de Justiça contra sentenças finais desfavoráveis. O resultado dos recursos está disponível em 63 desses casos, sendo esses recursos improcedentes (ou seja, contra o Estado) em 76% dos casos. De acordo com os registros da DP, em apenas 27 dos casos a decisão de primeira instância foi desfavorável ao autor, embora, nesses casos, após os recursos apresentados, o resultado foi revertido a favor do autor em 21 deles, ou seja, em cerca de 80%. Portanto, de acordo com os dados disponíveis, a taxa geral de êxito perante o Tribunal de Justiça foi de aproximadamente 78%.

3.2 Ministério Público

O Gaesp ingressa exclusivamente com ações civis públicas. Entre os 32 casos analisados, 22 (69%) referem-se a denúncias de condições precárias de hospitais do sistema público de saúde, unidades de atendimento básico e clínicas. Falta de materiais, instrumentos, medicamentos,⁸ ambulâncias, equipamentos, profissionais (médicos e enfermeiros) e problemas de higiene, segurança e manutenção dos prédios figuram entre os motivos que deram ensejo a litígio.

Em nove dos casos (28%), o Ministério Público requereu o fornecimento de medicamentos e prestação de tratamentos de saúde específicos para as seguintes doenças: hepatite C (duas ações judiciais), hipertermia maligna, insuficiência renal crônica, epilepsia, doença pulmonar obstrutiva crônica, autismo e adrenoleucodistrofia. Em um caso, o MP demandou que fosse garantido, para mulheres grávidas de baixa renda, transporte público gratuito para unidades de saúde.

Embora não estivesse disponível para todo o conjunto de dados, foi possível verificar a informação sobre a taxa de êxito em 66% das decisões liminares da primeira instância, 76% das sentenças finais e 63% dos recursos. O resultado foi que, de acordo com os dados disponíveis, 64% das decisões liminares foram favoráveis ao autor e 36% contrárias. No que diz respeito a sentenças finais, 80%

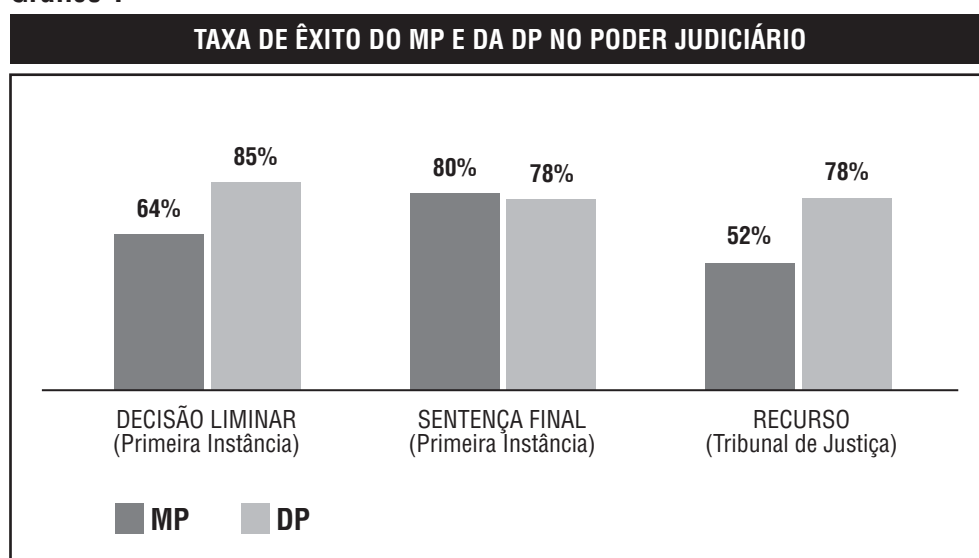
foram decididas a favor do autor e 20% contra. Finalmente, em sede recursal, a taxa de êxito dos litigantes caiu para 52%.

Portanto, a comparação entre as taxas de êxito revela que o MP obteve um número significativamente menor de decisões favoráveis do que a DP, tanto em relação a decisões liminares nas primeiras instâncias, quanto no caso de recursos ao Tribunal de Justiça, embora o MP tenha tido um pouco mais de sucesso em sentenças finais de primeira instância (Ver Gráfico 1).

No caso do MP, o maior número de sentenças revertidas em sede recursal e o menor sucesso em decisões liminares podem ser explicados pelo fato de que esses são casos coletivos, e, portanto, são mais estruturais do que aqueles apresentados pela DP. São estruturais no sentido de que têm o objetivo de promover mudanças significativas em políticas de saúde pública que afetam um número maior de pessoas e geram um impacto econômico e orçamentário expressivo, ao passo que os casos da DP em nossa amostra são todos casos individuais.

De maneira geral, é possível afirmar que quanto maior o impacto político e econômico mais cauteloso será o Poder Judiciário (em especial, tribunais superiores) ao rever decisões administrativas e políticas (ver TAYLOR, 2006, p. 275). Isso pode ser explicado pelo fato de que, nesses casos estruturais, o Poder Judiciário possui menos clareza acerca das eventuais consequências de sua decisão ou que o ativismo judicial nesses casos pode colocá-lo em grave conflito com os poderes políticos. Talvez seja essa a razão pela qual as causas de pequeno porte – por exemplo, ações individuais apresentadas pela DP – possuem maior chance de sucesso do que os casos estruturais, regra que também se aplica a casos individuais apresentados por advogados particulares. Claro que casos individuais, quando considerados em conjunto, também podem gerar um impacto significativo em políticas e orçamentos públicos, especialmente quando há milhares deles, muito embora esse potencial efeito indireto de casos individuais não pareça preocupar os juízes.

Gráfico 1



Fontes: Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009.

O Supremo Tribunal Federal (STF, a mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro) parece confirmar essa tendência, ao menos no que diz respeito ao litígio sobre o direito à saúde. Em duas decisões recentes – Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 424 e Suspensão de Liminar (SL) 256 – o Supremo rejeitou demandas coletivas sob o argumento de que esses casos poderiam impactar o orçamento público, e que poderiam “obstaculizar ou dificultar o adequado exercício dos serviços pela Administração Pública” (BRASIL, 2010a e 2010b). O STF também confirmou que um pedido de tratamento de saúde somente deve ser concedido quando sua necessidade for comprovada individualmente. Mesmo considerando que a interpretação do Supremo não vincula tribunais inferiores (salvo poucas exceções), essas decisões ilustram certo comportamento no Poder Judiciário capaz de explicar por que ações judiciais apresentadas pelo MP são, em geral, menos bem sucedidas do que aquelas iniciadas pela DP.

4 Perfil dos litigantes representados pela Defensoria Pública

A pobreza não é um fenômeno fácil de mensurar. Interpretações díspares da realidade levam a formas diferentes de medir pobreza. Portanto, perguntar se certo grupo é pobre ou avaliar seu nível de pobreza remete a uma série de outras questões, as quais, por sua vez, dependem do que se entende por pobreza e como a “esfera relevante” é mensurada (LADERCHI; SAITH; STEWART, 2003, p. 244). Os dados disponíveis nos arquivos da Defensoria Pública nos fornecem dois indicadores que podem ser utilizados para avaliar o *status* socioeconômico das pessoas que ela representa: a renda familiar e o bairro onde os litigantes residem.

Dado que os serviços da DP são, em princípio, restritos a pessoas com renda familiar abaixo de certo parâmetro, todos os cidadãos que desejam receber assistência jurídica gratuita da DP devem declarar e, ao menos via de regra, comprovar sua renda *familiar* (e não a renda individual ou *per capita*).⁹

Uma vez que o número de membros das famílias não é uma informação amplamente disponível, decidimos utilizar a média obtida para a região metropolitana de São Paulo – 3,2 pessoas por família (DIEESE, 2009) – como o melhor substitutivo (embora imperfeito) para definir a renda familiar *per capita* em nossa amostra. Esse dado é importante porque renda *per capita* é um dos indicadores mais amplamente utilizados para mensurar pobreza, o que nos permite comparar o *status* socioeconômico de nossa amostra com o da população em geral.

Embora a abordagem monetária seja a mais utilizada, sabemos que ela apresenta limitações consideráveis. Há outros fatores de privação humana que não dependem exclusivamente da quantidade de dinheiro que uma pessoa possui (SEN, 1992). Por exemplo: cidadãos de baixa renda podem apresentar melhores indicadores de saúde se tiverem acesso a serviços públicos de saúde com boa qualidade, pelos quais os cidadãos de maior renda precisariam pagar ou buscar a grandes distâncias.

Por esse motivo, também utilizaremos o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e o Índice de Necessidade em Saúde (INS)¹⁰ dos bairros onde residem os litigantes da nossa amostra, com o objetivo de esclarecer aspectos que uma análise focada estritamente na renda não pode revelar.¹¹

4.1 Perfil de acordo com a renda

4.1.1 Linhas de pobreza e indigência na cidade de São Paulo

Neste artigo, utilizamos os patamares de pobreza e indigência elaborados por Rocha (2009) para a região metropolitana de São Paulo. A autora define linha de indigência (pobreza extrema) como o valor mínimo necessário para adquirir uma quantidade mínima de alimentos. A linha de pobreza, por sua vez, inclui o valor necessário para satisfazer necessidades básicas individuais, como alimentação, transporte, lazer, saúde, educação e higiene.

Os valores em reais para a cidade de São Paulo são apresentados na tabela 1.

O Gráfico 2 mostra o *status* socioeconômico dos litigantes de acordo com o ano da ação judicial. Conforme explicado acima, a renda individual foi calculada dividindo-se a renda familiar declarada pela média de pessoas por família na região metropolitana de São Paulo, que é 3,2:

Esse gráfico revela que a maioria das pessoas representadas pela DP está abaixo da linha de pobreza, supondo-se que a renda autodeclarada corresponda à realidade (ver, no entanto, o comentário abaixo). Levando-se em consideração a proporção de pessoas abaixo da linha de pobreza (incluídos indigentes e pobres) em toda a população da região metropolitana de São Paulo – 2006 (22%); 2007 (20%); 2008 (19%) (ROCHA, 2009) –, pode-se afirmar que os serviços da DP atendem significativamente

Tabela 1

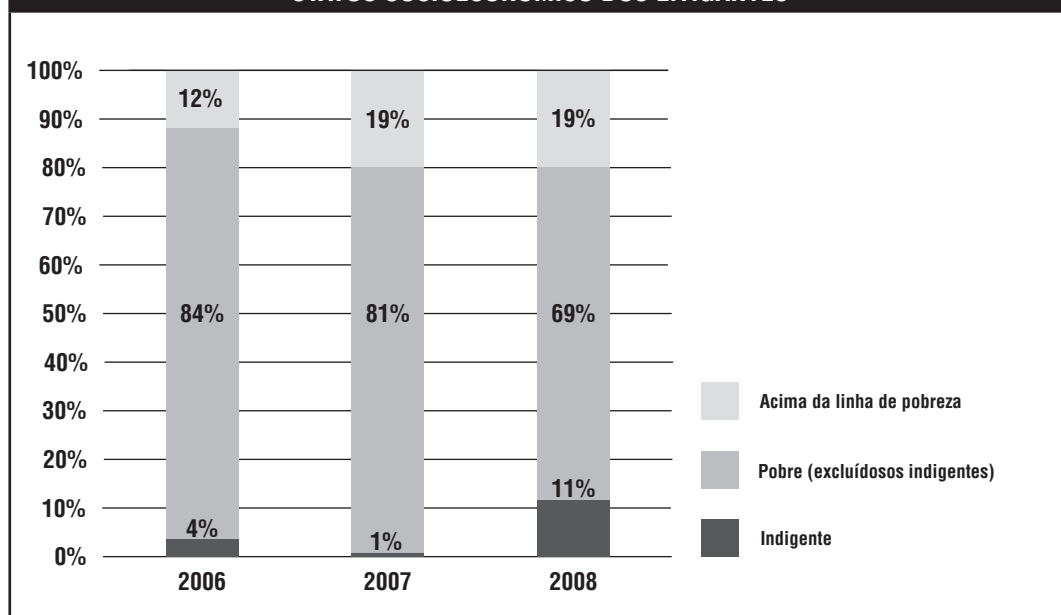
POBREZA E INDIGÊNCIA NA CIDADE DE SÃO PAULO

	2006	2007	2008
Pobreza	266,15	280,14	300,78
Indigência	66,35	73,26	83,52

Fontes: Rocha (2009)

Gráfico 2

STATUS SOCIOECONÔMICO DOS LITIGANTES



Fonte: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2009

o quintil de renda mais baixo da região. Cerca de 80% das pessoas beneficiadas pela DP pertencem ao grupo dos 20% mais pobres da região metropolitana de São Paulo.

No entanto, nota-se que apenas um número pequeno de casos envolve indivíduos em condição de indigência, embora na população em geral a proporção de indivíduos nessa condição também seja menor – 2006 (3%); 2007 (3%) e 2008 (2,9%) (ROCHA, 2009).

Não obstante, conforme mencionado acima, a renda, considerada isoladamente, não constitui um indicador preciso das condições de privação. Ademais, embora os candidatos à assistência jurídica gratuita devam em princípio apresentar documentos que comprovem que sua renda é baixa (ou seja, contrato de trabalho ou recibos de benefícios da previdência social), os dados sobre renda, disponíveis nas ações judiciais consultadas, baseiam-se principalmente na autodeclaração das pessoas atendidas pela DP e, como veremos, talvez não revelem seu verdadeiro rendimento. A seguir, utilizamos dois outros indicadores para testar os resultados obtidos por meio de uma análise exclusiva da renda.¹²

4.2 Perfil de acordo com o bairro de residência

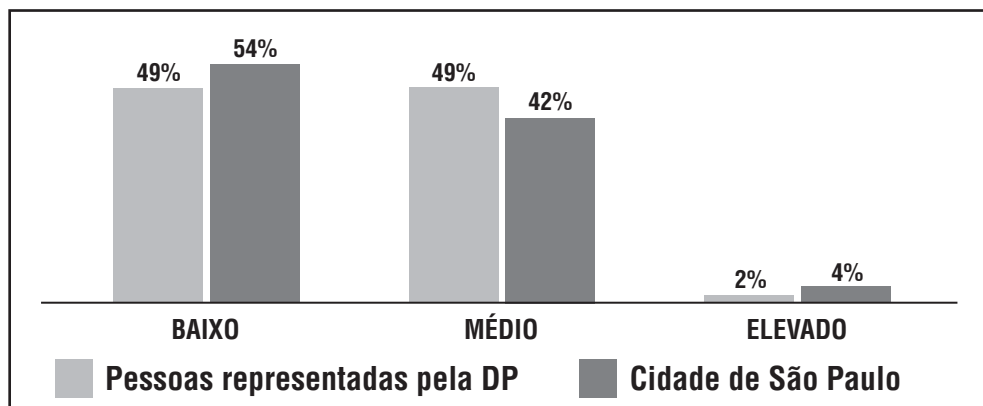
4.2.1 Índice de desenvolvimento humano (IDH)

O índice de desenvolvimento humano busca medir a qualidade de vida de uma população de maneira abrangente, incluindo Produto Interno Bruto *per capita*, expectativa de vida e escolaridade.

Na cidade de São Paulo, 4% da população vive em bairros com IDH elevado (superior a 0,8), 42% em bairros com IDH médio (entre 0,5 e 0,8) e 58% em bairros com IDH baixo (inferior a 0,5). Entre os litigantes representados pela DP, aqueles que vivem em áreas com IDH baixo encontram-se levemente sub-representados, enquanto aqueles que vivem em bairros de IDH médio são representados em proporção consideravelmente maior (ver Gráfico 3).

Gráfico 3

DISTRIBUIÇÃO DE LITIGANTES REPRESENTADOS PELA DP E DA POPULAÇÃO DA CIDADE DE SÃO PAULO, DE ACORDO COM O ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO



Fontes: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2009 e SÃO PAULO (2008)

4.2.2 Índice de Necessidade em Saúde (INS)

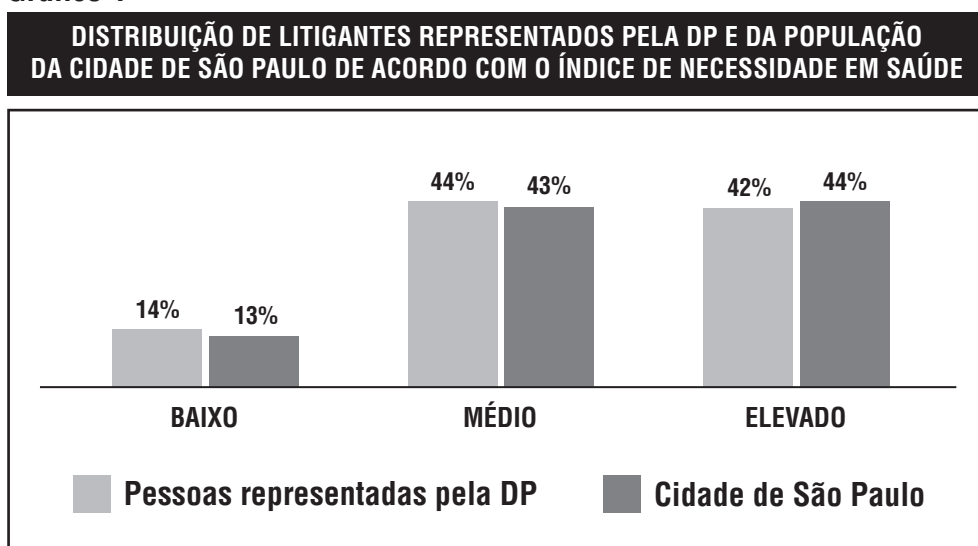
O Índice de Necessidade em Saúde (INS) foi formulado com o intuito de identificar quais áreas da cidade de São Paulo deveriam ser consideradas prioritárias no que diz respeito à distribuição de serviços de saúde. Esse índice é calculado com base em dados demográficos, epidemiológicos e condições sociais de cada bairro. Os bairros foram distribuídos de acordo com suas necessidades de saúde. Quanto mais elevado o INS, mais urgentes são as necessidades de saúde da população (SÃO PAULO, 2008).

Em nossa amostra, apenas 42% dos litigantes representados pela DP vivem em áreas onde as necessidades de saúde são elevadas, e, portanto, onde se supõe que a implementação do direito à saúde seja mais precária (Gráfico 4). A maioria dos casos (58%) inclui litigantes que vivem em áreas com INS médio ou baixo.

4.2.3 Análise dos dados

Os dados apresentados acima revelam aspectos interessantes e, em alguns pontos, contraditórios do litígio sobre direito à saúde patrocinado pela DP. Se levarmos em consideração a renda autodeclarada dos litigantes, esse dado parece indicar que a vasta maioria das ações judiciais interposta pela DP (mais de 80%) inclui indivíduos que estão abaixo da linha de pobreza na região metropolitana de São Paulo e que pertencem ao quintil de mais baixa renda na região. No entanto, quando incluímos na análise o local de residência combinado com um indicador mais amplo de privação (IDH) e um indicador específico de privação em saúde (INS), o quadro muda significativamente e a tendência de atender os mais pobres desaparece. A porcentagem de indivíduos representada pela DP vivendo nos bairros com menor IDH e nos bairros com INS mais elevado, ou seja, onde se supõe que as necessidades na área de saúde sejam as mais gritantes, cai para 49% e 42% respectivamente.

Gráfico 4



Fontes: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2009 e SÃO PAULO (2002)

5 Ações judiciais apresentadas pelo Ministério Público por bairro

Diferentemente dos casos representados pela DP, as ações civis públicas interpostas pelo MP são o que chamamos de casos estruturais, no sentido de que buscam promover mudanças significativas em políticas públicas de saúde que podem afetar um grande número de pessoas (melhorias em unidades públicas de saúde e inclusão de medicamentos ou tratamentos no sistema público), ao invés de buscar um benefício para um indivíduo específico.

Entre os casos descritos na Seção 3.2, aquele em que se demandou transporte público gratuito para mulheres grávidas de baixa renda foi o único em que uma ação civil pública promovida pelo MP foi claramente voltada para beneficiar os pobres. Isso faz com que a questão que buscamos responder aqui seja muito mais complexa do que nos casos da DP. De fato, responder se pobres ou indigentes são beneficiados pelo litígio sobre o direito à saúde promovido pelo MP é muito mais difícil nesses casos estruturais, em que está em jogo uma política pública de grande escala capaz de beneficiar um grande número de indivíduos. Outras pesquisas mais detalhadas seriam necessárias para avaliar quais classes sociais são mais afetadas por essas políticas, bem como quem são as pessoas que verdadeiramente se beneficiam delas. Isso é fundamental, uma vez que não podemos pressupor que essas políticas sejam executadas com eficiência, tampouco que, mesmo quando o forem, alcancem todos os que poderiam se beneficiar delas. Essas políticas podem muito bem ser apenas “nominalmente universais” (GAURI; BRINKS, 2008).

Um bom exemplo desse tipo é a ação civil pública apresentada pelo MP para obrigar o estado de São Paulo a fornecer a todos os indivíduos autistas tratamento de saúde e educação especiais. Apesar de vencer no Poder Judiciário, a sentença está longe de ser plenamente cumprida, anos após ter sido proferida. Os desafios, pouco surpreendentes, são: insuficiência de recursos, necessidade de contratar novos profissionais e de construir novas unidades de saúde, o que pode levar tempo, e ainda deve-se contar com certo grau de ineficiência e com a falta de vontade política. Consequentemente, das centenas de milhares de potenciais beneficiários dessa sentença, apenas alguns deles estão de fato se beneficiando. Vale notar que algumas centenas de pessoas, com a ajuda de advogados particulares, têm feito uso dessa decisão sobre a ação civil pública apresentada pelo MP para argumentar, quase sempre com êxito, que o estado deve prover a seus clientes individuais uma vaga em uma instituição privada até que a decisão seja integralmente cumprida.¹³

Com os dados coletados não podemos, portanto, responder essas questões importantes em relação a todas as ações civis públicas patrocinadas pelo MP; por isso decidimos concentrar nossa análise em 22 casos nos quais o MP buscou obrigar o governo a melhorar o funcionamento de unidades públicas de saúde (hospitais, unidades básicas de saúde e clínicas). Em tais casos, com base na localização dessas unidades de saúde, podemos realizar uma análise semelhante à que foi feita em relação às ações judiciais apresentadas pela DP, por meio do IDH e do INS.

5.1 Índice de Desenvolvimento Humano

Nota-se, em primeiro lugar, que, ao se preocupar com a melhoria de unidades de saúde (hospitais, clínicas etc.), o MP tende a apresentar mais casos que dizem respeito a bairros com IDH elevado. Muito embora apenas 4% da população da cidade de São Paulo viva em bairros com IDH alto, 23% dos casos apresentados pelo MP incluem bairros pertencentes a essa categoria (ver Gráfico 8).

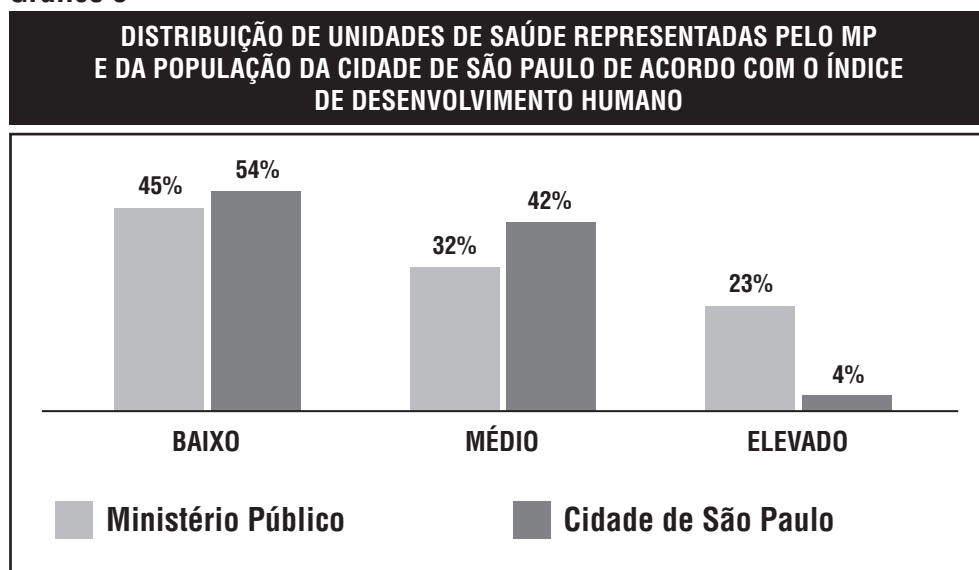
No entanto, bairros com IDH reduzido, embora incluam 54% da população, figuram em 45% das ações judiciais apresentadas pelo MP. Bairros com IDH médio, nos quais vive 42% da população, são representados em um número relativamente menor de ações judiciais sobre direito à saúde (32%) (ver Gráfico 5).

A primeira hipótese capaz de explicar essa diferença é que as ações civis públicas são mais difíceis de serem interpostas. No caso dessas ações, não basta comprovar que as necessidades de saúde de um indivíduo não foram supridas pelo Estado. Essas ações demandam um trabalho mais intenso, por exigir maior produção de provas e conhecimento técnico. Portanto, unidades de saúde em áreas sob o foco da mídia e da opinião pública e onde usuários tendem a ter maior grau de escolaridade podem estar à frente de outras na competição por esses recursos.

5.2 Índice de Necessidade em Saúde

Quando consideramos o Índice de Necessidade em Saúde, fica claro que bairros com altos índices são os menos atendidos pelo Ministério Público (ver Gráfico 6). Essas áreas são aquelas em que se pode dizer que o direito à saúde deve ser prioritariamente protegido. No entanto, a maioria das ações judiciais apresentada pelo MP diz respeito a áreas onde as necessidades em saúde são relativamente menores. Muito embora 44%

Gráfico 5



Fontes: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 e SÃO PAULO (2008)

da população da cidade de São Paulo resida em áreas com Índice de Necessidade em Saúde elevado, esses bairros figuram em apenas 27% das ações judiciais referentes ao direito à saúde propostas pelo MP (ver Gráfico 6).

Pode-se concluir, novamente, que isso se deve à desigualdade no acesso à Justiça ou, mais especificamente, à desigualdade no acesso à atenção e representação do Ministério Público, conforme explicado no item anterior.

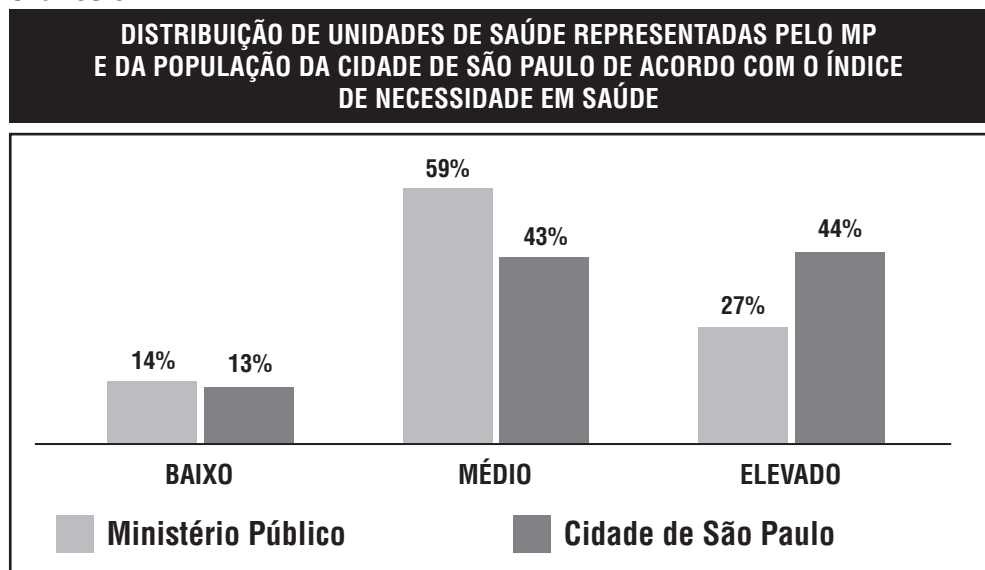
Porém, é possível ponderar se isso, na verdade, não é consequência da desigualdade na distribuição geográfica de serviços de saúde na cidade de São Paulo, já que a maioria das unidades de saúde concentra-se nas áreas relativamente mais ricas.

Para testar essa hipótese, e com base no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), classificamos as 1.109 unidades de saúde da cidade¹⁴ de acordo com o IDH e o INS dos bairros onde elas estão localizadas. Constatamos que, apesar de algumas disparidades, a distribuição de unidades de saúde de acordo com o IDH e o INS é, em grande medida, bem equilibrada entre os bairros (Ver Gráfico 7 e 8).

Portanto, unidades de saúde em bairros com baixo desenvolvimento humano e elevadas necessidades em saúde estão sub-representadas no litígio patrocinado pelo MP. Isso não significa que esses bairros não tenham unidades de saúde ou que elas sejam em número insuficiente, mas sim que elas atraem, por algum motivo, pouca atenção do MP.

Vale a pena ressaltar que dentre as 22 unidades de saúde, cujas condições precárias foram denunciadas em ações judiciais apresentadas pelo MP, apenas 3 são unidades básicas, enquanto 9 são hospitais. Dado que 55% das unidades de saúde em São Paulo pertencem ao sistema básico de saúde e apenas 9% são hospitais, podemos afirmar que ações judiciais apresentadas pelo MP concentram-se principalmente em tratamentos de saúde de complexidade média ou alta, ao invés de concentrar-se no sistema básico de saúde e nos tratamentos preventivos.

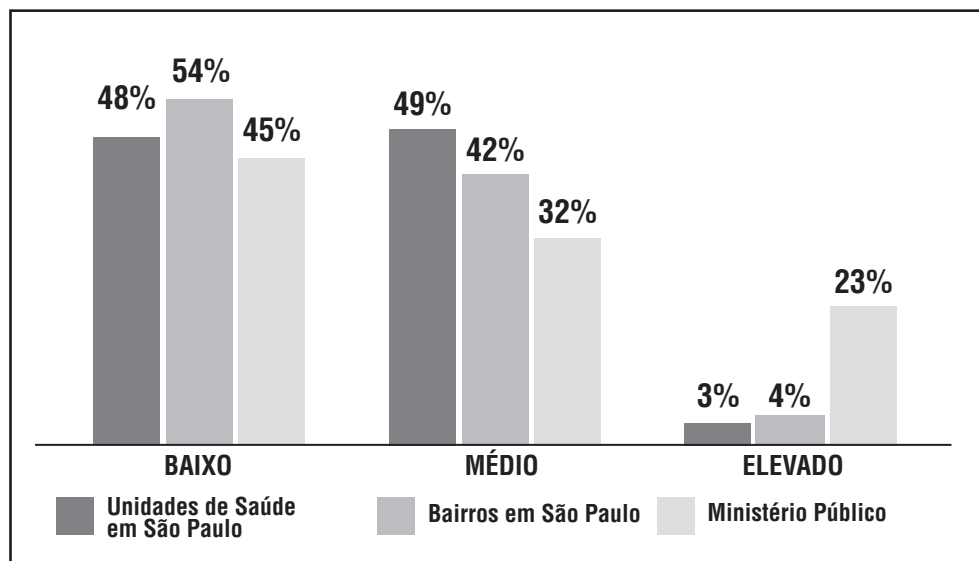
Gráfico 6



Fontes: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 e SÃO PAULO (2002).

Gráfico 7

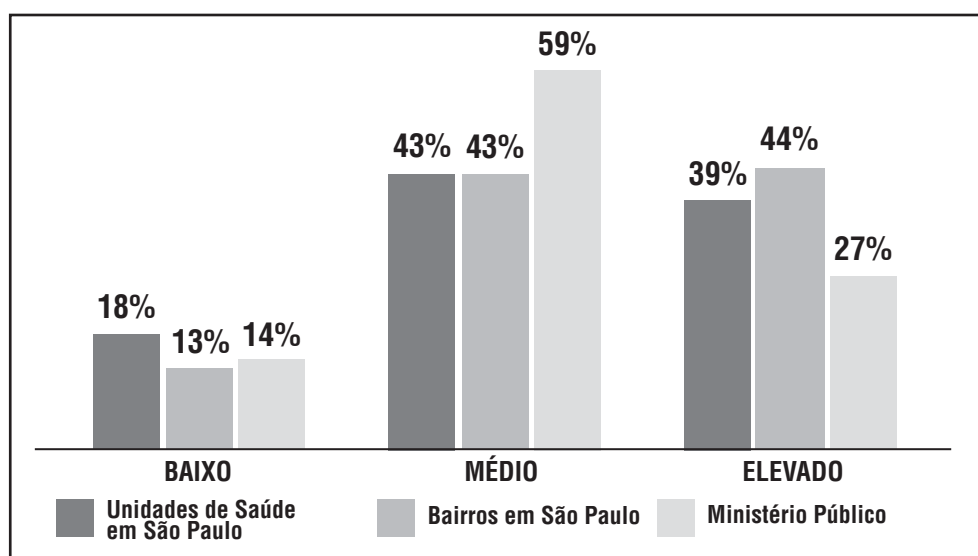
DISTRIBUIÇÃO DAS UNIDADES DE SAÚDE, DOS BAIRROS DA CIDADE DE SÃO PAULO E DAS AÇÕES APRESENTADAS PELO MP, DE ACORDO COM O ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO



Fontes: Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, 2009; Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 e SÃO PAULO (2008).

Gráfico 8

DISTRIBUIÇÃO DAS UNIDADES DE SAÚDE, DOS BAIRROS DA CIDADE DE SÃO PAULO E DAS AÇÕES APRESENTADAS PELO MP, DE ACORDO COM O ÍNDICE DE NECESSIDADE EM SAÚDE



Fontes: Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde – CNES, 2009; Ministério Público do Estado de São Paulo, 2009 e SÃO PAULO (2002).

6 Discussão

Os dados apresentados até aqui revelam padrões interessantes acerca do litígio sobre o direito à saúde patrocinado por advogados públicos na cidade de São Paulo. Para que o litígio seja considerado uma ferramenta positiva na implementação do direito à saúde, de acordo com a interpretação não neutra, que tende a favorecer os mais pobres, devem ser revertidas ao menos duas das principais características atualmente predominantes no chamado modelo brasileiro de litígio sobre o direito à saúde: (a) esse litígio deve ser estendido significativamente para além do grupo restrito de membros da classe média ou classe média alta, representados por advogados particulares, que atualmente domina esse tipo de litígio em São Paulo, para incluir os mais socialmente desfavorecidos no que diz respeito às necessidades em saúde (isso pode ser feito por meio de melhoria no acesso à Justiça); e (b) o foco desse litígio deve se deslocar de tratamentos novos e caros para ações e serviços de saúde considerados prioritários para grupos menos favorecidos, principalmente unidades e tratamentos do sistema básico de saúde.

Neste artigo, analisamos o histórico de litígio de duas instituições no Brasil que poderiam fazer justamente isso – o Ministério Público (MP) e a Defensoria Pública (DP) –, uma vez que o mandato dessas instituições é exatamente proteger o interesse público e os interesses de grupos menos favorecidos.

No que tange à primeira condição (expansão do acesso à Justiça aos mais necessitados), utilizamos, quando disponíveis, três indicadores diferentes de desvantagem em matéria de saúde: renda, desenvolvimento humano e necessidade em saúde. O primeiro deles (renda) é coletado por meio de autodeclaração e parece indicar que a DP (não há dados disponíveis para o caso do MP) de fato representa majoritariamente indivíduos pobres ou indigentes do ponto de vista puramente financeiro (variando entre 80% e 88%, dependendo de cada ano). No entanto, quando o IDH e o INS foram incluídos na análise, o quadro parece mudar. No que diz respeito à DP, apenas 49% de indivíduos representados residem em bairros com baixo desenvolvimento humano, e apenas 42% residem em bairros com necessidades em saúde elevadas. Em outras palavras, o litígio promovido pela DP ocorre em bairros onde há índice de desenvolvimento médio e alto (51%) e onde as necessidades de saúde são baixas e médias (58%).

Podem ser apresentadas duas hipóteses principais para interpretar esses dados, aparentemente contraditórios, sobre o perfil dos litigantes representados pela DP. A primeira hipótese é de que a renda familiar é um indicador que deveria ser levado em consideração com cautela, uma vez que esse dado é coletado por meio de autodeclaração. Cidadãos podem ter subestimado sua renda familiar e declarado uma renda inferior à linha de pobreza estabelecida pela DP para receber assistência jurídica gratuita. Ademais, pesquisas sobre a confiabilidade de dados autodeclarados sobre renda familiar indicam que essa informação tende a ser sistematicamente inferior à renda de fato (COLLINS; WHITE, 1996; MICKLEWRIGHT e SCHNEPF, 2010). É possível que as pessoas tenham informações equivocadas sobre a renda dos demais membros da família,

tendendo a desconsiderar recursos provenientes de outras fontes, como ganhos resultantes de trabalhos de meio-período e de benefícios sociais.

A segunda hipótese é de que a DP é mais acessível aos indivíduos que, embora sejam economicamente pobres, vivem em áreas melhores. O fato de essas pessoas viverem em regiões mais ricas parece indicar que elas possuem melhor acesso à informação sobre seus direitos e sobre as instituições que fornecem assistência jurídica gratuita. Ademais, essas pessoas possuem mais acesso aos serviços públicos e às unidades de saúde, o que aumenta as chances de que suas necessidades de saúde, quando insatisfeitas, deem ensejo a uma ação judicial. Exemplos dessas vantagens são o acesso a um hospital onde possam obter prescrição médica e a disponibilidade de transporte público para chegar a unidades da Defensoria.

Nossos dados não nos permitem testar essas hipóteses (talvez a resposta fosse uma combinação das duas hipóteses), mas ambas parecem indicar que a DP enfrenta obstáculos para alcançar as regiões mais pobres da cidade.

Além disso, o acesso a litígio na área da saúde não implica necessariamente promoção da equidade em matéria de saúde. O objeto de litígio (a segunda característica a ser alterada no modelo brasileiro de litígio) também deveria possuir uma natureza transformadora, isto é, deveria se concentrar em ações e serviços de saúde dos quais os mais desfavorecidos urgentemente necessitam. Este artigo não pode (por falta de espaço e de dados) discorrer mais detalhadamente sobre esse aspecto, embora dados recentes sugiram que essa condição também está longe de ser cumprida. A maioria dos casos representados pela DP trata de ações individuais, requerendo itens como fraldas e medicamentos para diabetes. Muito embora tais itens possam ser importantes para aqueles que eventualmente receberão tratamento de saúde como resultado do litígio, casos individuais raramente promoverão mudanças estruturais em políticas públicas de saúde que podem beneficiar uma parcela mais ampla da população pobre.

Portanto, era de se esperar que os casos que demandam mudanças estruturais – como ações civis públicas promovidas pelo MP – pudessem melhorar os serviços de saúde para os mais pobres. No entanto, nossa pesquisa sugere que as ações do MP dão atenção desproporcional àquelas regiões onde o direito à saúde encontra-se relativamente mais bem atendido, e não focam suficientemente o tratamento básico e primário de saúde, cuja melhoria é essencial para um sistema de saúde equânime (MEDICI, 2011). Apenas 27% das ações judiciais interpostas pelo MP foram apresentadas em bairros com necessidades de saúde elevadas e somente 43% em bairros com desenvolvimento humano baixo.

Repetindo, o leque de ações judiciais concentra-se em bairros com necessidades de saúde baixas e médias e com desenvolvimento humano médio e elevado, e em tratamentos de complexidade média e alta, ao invés de concentrar-se no tratamento básico e preventivo de saúde. Ademais, a taxa de êxito das ações civis públicas patrocinadas pelo MP em tribunais superiores é menor do que em casos individuais, o que indica que os tribunais estão mais propensos a lidar com a resolução desses casos do que com problemas estruturais.

7 Conclusão

A análise empírica do perfil socioeconômico de litigantes representados por advogados públicos, os tipos de demandas de saúde apresentadas e a menor taxa de êxito de causas coletivas envolvendo mudanças estruturais indicam que mesmo o litígio promovido por advogados públicos enfrenta desafios consideráveis para atender os mais necessitados.

Prover representação jurídica gratuita não garante por si só que os mais pobres poderão levar suas reivindicações ao Poder Judiciário. Como Felstiner, Abel e Sarat (1980) de maneira persuasiva argumentaram, há um longo caminho entre uma situação de sofrimento ou injustiça individual, que em tese poderia ser remediada por via judicial, e o início de uma batalha jurídica. Primeiro, a pessoa deve perceber uma determinada experiência como sendo danosa. Segundo, a parte lesada deve se sentir injustiçada e acreditar que algo pode ser feito em resposta a esse dano. Terceiro, a pessoa deve transformar sua queixa em uma reivindicação contra a pessoa ou entidade que ela acredita ser responsável e requerer que a situação seja remediada. Por fim, se tal reivindicação for rejeitada, a pessoa deve ter conhecimento e recursos para recorrer ao próximo passo: litígio. Há um caminho longo e complexo a ser percorrido, portanto, entre sofrer um dano e recorrer ao litígio, caminho esse inacessível para uma grande parcela da população.

Esta análise traz certas respostas para alguns dos desafios que parecem dificultar o uso do litígio no Brasil para beneficiar os mais necessitados. Considerando que um dos principais problemas no sistema brasileiro de saúde é a desigualdade no acesso à saúde básica e preventiva (MEDICI, 2011), e que educação e informação são fatores importantes que possibilitam o acesso a tratamento de saúde (SANCHEZ; CICONNELI, 2012), muitas pessoas pobres não possuem sequer consciência de seus problemas de saúde – em especial no que diz respeito a doenças crônicas –, ou talvez tomem conhecimento apenas quando é muito tarde. Entre aqueles que têm conhecimento de que possuem um problema de saúde, apenas os mais escolarizados e informados saberão que receber tratamento do serviço público de saúde configura um direito constitucional. Ademais, nem todos eles saberão que, se lhes for recusado tratamento, poderão pleiteá-lo perante o governo. Por fim, apenas um número pequeno de pessoas saberá que há instituições públicas que fornecem assistência jurídica gratuita, tais como a DP e o MP.

Não é de surpreender, portanto, que o modelo brasileiro de litígio, no qual casos são apresentados por indivíduos que vivem em condições relativamente melhores e representados por advogados particulares, predomina na maioria das cidades no Brasil, e que mesmo o litígio promovido por advogados públicos enfrenta desafios consideráveis para se afastar significativamente desse modelo.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- BIEHL, João et al. 2012. Between the court and the clinic: Lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. **Health and Human Rights: an international journal**, v. 14, no. 1, p. 36-52, June.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Beyant. 1978. *Access to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè. v. 1.
- BRASIL. 1988. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. 2010a. Superior Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada STA 424 SC**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133128/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-424-sc-stf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- _____. 2010b. Superior Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar SL 256 TO**. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087208/suspensao-de-liminar-sl-256-to-stf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. 2009. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago.
- _____. 2010. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. **Revista de Saúde Pública**, v. 44, no. 3, p. 421-429.
- COLLINS, Debbie.; WHITE, Amanda. 1996. In search of an income question for the 2001 Census. **Survey Methodology Bulletin**, v. 39, no. 7, p. 2-10, July.
- DIEESE. 2009. Relação família e trabalho na perspectiva de gênero: a inserção de chefes e cônjuges no mercado de trabalho. Estudos Especiais. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/mulher/boletins/anexo_mtrabalho_chefesconjuges.pdf>. Último acesso em: Maio 2013
- EPP, Charles R. 1998. **The rights revolution: lawyers, activists and supreme court in comparative perspective**. Chicago; London: The University of Chicago Press.
- FELSTINER, W.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. 1980/1981. The emergency and transformation of disputes: naming, blaming, claiming... **Law & Society Review**, v. 15, no. 3-4, p. 631-654.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta. 2009. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities? **Health and Human Rights: an international journal**, v. 11, no. 2, p. 33-45.

- _____. 2011a. Brazil. Health inequalities, rights and courts: the social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health systems?** Cambridge, MA: Harvard University Press.
- _____. 2011b. Harming the poor through social rights litigation; lessons from Brazil. **Texas Law Review**, v. 89, no. 7, p. 1643-1668.
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. 2009. The right to health, scarce resources, and equity: inherent risks in the predominant legal interpretation (em português: Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante). **Dados**, Rio de Janeiro, v. 52, no. 1, p. 223-251.
- GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Eds.). 2006. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Hampshire, England; Burlington, VT: Ashgate.
- GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. (Eds.). 2008. **Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.** Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- LADERCHI, Caterina Ruggeri; SAITH, Ruhi; STEWART, Frances. 2003. Does it matter that we do not agree on the definition of poverty?: a comparison of four approaches. **Oxford Development Studies**, v. 31, no. 3, p. 243-274.
- MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. 2011. A technical analysis of medicines request-related decision making in Brazilian courts. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, no. 4, p. 706-713, Aug.
- MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. 2011. Judicialization of access to medicines in Minas Gerais State, Southeastern Brazil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, no. 3, p. 590-598, June.
- MAESTAD, Ottar; RAKNER Lise; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. 2011. Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). **Litigating the right to health: can courts bring more justice to health?** Cambridge, MA: Harvard University Press.
- MÉDICI, André Cezar. 2011. Propostas para melhorar a cobertura, a eficiência e a qualidade no setor saúde. In: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon (Orgs.). **Brasil: a nova agenda social.** Rio de Janeiro: LTC; IEPE/CDG. p. 23-93.
- MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. 2005. Mandados judiciais como ferramentas para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 21, n. 2, p. 525-534, mar./abr.

- MICKLEWRIGHT, John; SCHNEPF, Sylke Viola. 2010. How reliable are income collected with a single question? **Journal of the Royal Statistical Society**, v. 173, no. 2, p. 409-429.
- NORHEIM, Ole Frithjof; GLOPPEN, Siri. 2011. Litigating for medicines: How can we assess impact on health outcomes? In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Eds.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health**. Cambridge, MA: Human Rights Program, Harvard Law School; Harvard University Press. p. 304-330.
- PEPE, Vera Lucia Edais et al. 2010. Characterization of lawsuits for the supply of “essential” medicines in the State of Rio de Janeiro, Brazil. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 26, no. 3, p. 461-471, Mar.
- PEREIRA, Januária Ramos et al. 2010. Situation of lawsuits concerning the access to medical products by the Health Department of Santa Catarina State, Brazil, during the years 2003 and 2004. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, no. 3, p. 3.551-3.560.
- PIOVESAN, Flavia. 2008. Brazil: impact and challenges of social rights in the courts. In: LANGFORD, Malcolm. (Ed.). **Social rights jurisprudence: emerging trends in international and comparative law**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 182-191.
- ROCHA, Sonia. 2009. Pobreza e indigência. Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade (IETS). Available at: <<http://www.iets.org.br/dado/sonia-rocha>>. Last accessed on: May 2013.
- SANCHEZ, Raquel Maia; CICONELLI, Rozana Mesquita. 2012. Conceitos de acesso à saúde. **Revista Panamericana de Salud Pública**, Washington, v. 31, n. 3, p. 260-268, mar.
- SANT’ANA, João Maurício Brambati. 2009. **Essencialidade e assistência farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro**. Dissertação (Mestrado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro.
- SANTOS, Carla Carlos do. 2006. **Estratégias para reorganização e otimização das atividades destinadas ao fornecimento de medicamentos demandados judicialmente contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília.
- SÃO PAULO (Cidade). 2002. Prefeitura do Município de São Paulo. Secretaria do Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade, São Paulo. **Desigualdade em São Paulo: o IDH**.
- _____. 2008. Prefeitura do Município de São Paulo. Secretaria Municipal da Saúde. Coordenação de Epidemiologia e Informação (CEInfo). **Índice de Necessidades em Saúde por Distrito Administrativo do Município de São Paulo – 3ª edição (junho/2008)**. Disponível em: <http://extranet.saude.prefeitura.sp.gov.br/areas/ceinfo/INS_3edicao_Junho2008.pdf>. Último acesso em: Maio 2013

- SÃO PAULO (Estado). 2006. **Lei Complementar N° 988**. Organiza a Defensoria Pública do Estado, institui o regime jurídico da carreira de Defensor Público do Estado. 9 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=2939>>. Último acesso em: Maio 2013.
- SCHEFFER, Mário; SALAZAR, Andréa Lazzarini; GROU, Karina Bozola. 2005. **O remédio via Justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids.
- SEN, Amartya. 1992. **Inequality reexamined**. Oxford: Clarendon Press.
- SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. 2011. Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded? **Law & Social Inquiry**, v. 36, no. 4, p. 825-853.
- TAYLOR, Matthew M. 2006. Beyond judicial reform: courts as political actors in Latin America. **Latin American Research Review**, v. 41, n. 2, p. 269-280.
- VIEIRA, Fabíola S.; ZUCCHI, Paola. 2007. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222.
- WANG, Daniel Wei Liang; TERRAZAS, Fernanda; CHIEFFI, Ana Luiza. 2012. Public system responses to right to health litigation: the case of the State of São Paulo Secretary of Health. **Annual Meeting of the Law and Society Association**, 03 Jun. 2012, Honolulu, HI.

NOTAS

1. Não há ainda pesquisa abrangente que revele o volume preciso de litígios existentes no Brasil. Em uma estimativa conservadora, decorrente de diferentes estudos, Octavio Ferraz calculou 40.000 casos por ano (FERRAZ, 2011a).
2. Para um claro exemplo de polarização, ver o debate entre advogados pró-litígio Andrea Lazzarini Salazar e Karina Bozola Grou ("As Verdadeiras Causas e Consequências", *Folha de S. Paulo*, 9 maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0905200908.htm>>. Último acesso em: Maio 2013) e o especialista em saúde pública,

"anti-litígio", Marcos Bosi Ferraz. ("O STF e os Dilemas da Saúde", *Folha S. Paulo*, 9 maio 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0905200909.htm>>. Último acesso em: maio de 2013). Um exemplo de uma defesa acadêmica do litígio pode ser encontrado em PIOVESAN, 2008.

3. Uma das hipóteses que pode explicar o alto índice de litigantes representados por advogados públicos no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul é que, naquele estado, o limite de renda para recebimento de assistência jurídica por parte da Defensoria Pública é maior do que em outros estados (PEPE et al.,

2010) e, neste estado, não há um limite de renda determinado e a necessidade é avaliada caso a caso com base em um questionário, apresentação de documentos e autodeclaração (ver página oficial da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, disponível em: <<http://www.dpe.rs.gov.br/site/faq.php>>. Último acesso em: maio de 2013).

4. Há ainda a possibilidade de que organizações não-governamentais (ONGs), em particular associações de pacientes, apresentem causas coletivas em nome de grupos de pacientes necessitados e/ou financiem litígio de casos individuais, o que pode promover acesso à Justiça para grupos desfavorecidos. Não analisamos esse tipo de litígio em nosso estudo. No entanto, estamos confiantes de que o possível impacto transformador de tal litígio não é tão grande quanto aquele promovido por advogados públicos. Há pesquisas que revelam que algumas ONGs de fato patrocinaram ações judiciais apresentadas por pacientes, mas na forma de casos individuais, e em geral para uma doença específica e focada principalmente em alguns medicamentos caros (SILVA; TERRAZAS, 2011). Há também estudos que sugerem a existência de elos entre associações de pacientes e a indústria farmacêutica. (CHIEFFI; BARATA, 2010).

5. SÃO PAULO (Estado), 2006.

6. BRASIL, 1988, Artigo 129, II e III.

7. No entanto, esta não é uma regra fixa, sendo possível encontrar tanto ações coletivas interpostas pela DP, quanto casos individuais apresentados pelo MP (entrevista com os defensores públicos Rafael Vernaschi, Vania Casal e Sabrina Carvalho em 29 de julho de 2009).

8. Nesses casos, houve apenas denúncias genéricas sobre a falta de medicamentos, não especificando quais medicamentos estavam faltando.

9. Essa é a razão pela qual em muitos casos não há qualquer informação sobre o número de membros existentes em cada família. No entanto,

alguns casos trazem essa informação com o intuito de explicar que alguém, cuja renda familiar excede o limite, poderia receber assistência jurídica da DP devido ao grande tamanho de sua família.

10. Os dados sobre IDH e INS na cidade de São Paulo foram calculados com base em pesquisas publicadas pela Secretaria de Saúde de São Paulo (SÃO PAULO, 2008) e pela Secretaria do Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade de São Paulo (SÃO PAULO, 2002), respectivamente.

11. Também estamos cientes de que se deve ter cuidado ao utilizar dados desagregados por bairro como referência para características individuais, uma vez que bairros podem incluir disparidades internas (algumas áreas em um mesmo bairro podem ser melhores do que outras), e pessoas de diferentes origens socioeconômicas podem viver muito próximas umas das outras. No entanto, consideramos que, apesar dessas limitações, o bairro é um bom referencial (embora imperfeito) para medir a condição socioeconômica. O IDH e o INS são em parte influenciados por razões que são determinadas geograficamente, como o acesso à educação, ao saneamento básico, às unidades de saúde e a outros serviços públicos. O acesso a esses serviços, que são distribuídos geograficamente, pode afetar o grau de privação sofrido por um indivíduo.

12. Vale ressaltar que a proporção de pobres e indigentes em nossa análise possivelmente está subestimada. Sabe-se que famílias pobres em geral possuem mais membros do que a média (3,2 pessoas por família). No entanto, porque não temos acesso a números mais precisos, devemos utilizar a média.

13. Entrevista com o Ministério Público (2011).

14. A Pesquisa Nacional de Unidades de Saúde está disponível em: <<http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/homepage/destaques/unidades-de-saude>>. Último acesso em: Maio 2013.

ABSTRACT

Right to health litigation in Brazil raises a debate regarding its distributive effects in a resource constrained setting. Several studies have found that a significant proportion of litigation features individual claimants who live in the most affluent states, cities and districts of Brazil and are usually represented by private lawyers, whose fees are beyond the reach of most of the poor population. For some, this is an indication that the distributive effects of litigation are very likely negative because litigation tends to benefit a privileged socio-economic group and may force health authorities to divert to them resources from comprehensive health programs that benefit the majority of the population. Others, however, argue that courts can nonetheless provide an important institutional voice for the poor and promote health equity when they manage to access them. The main problem for this “pro-litigation camp” is thus to enhance access to Justice. Our aim is to analyze lawsuits in which litigants are represented by public attorneys in right to health litigation in the city of São Paulo to inquire if at least this type of litigation is reaching out to the neediest citizens. This study analyzes three indicators: the income of litigants, the Human Development Index and the Health Need Index of the areas where they live. Our conclusion is that although public attorneys seem to represent mostly low income people, other indicators suggest that there are still important obstacles for public attorneys to reach the neediest.

KEYWORDS

Right to health – Access to justice – Public attorneys – Poverty – Brazil

RESUMEN

Los litigios en materia de derecho a la salud en Brasil plantean un debate sobre sus efectos distributivos en un entorno de recursos limitados. Varios estudios han mostrado que una proporción significativa de los litigios los llevan a cabo demandantes individuales que viven en los estados, ciudades y distritos más ricos de Brasil y por lo general están representados por abogados privados, cuyos honorarios están fuera del alcance de la mayoría de la población pobre. Para algunos, esto es una indicación de que los efectos distributivos de los litigios son muy probablemente negativos, pues tienden a beneficiar a un grupo socioeconómico privilegiado y pueden obligar a las autoridades sanitarias a desviar hacia ellos recursos de los programas integrales de salud destinados a la mayoría de la población. Otros, sin embargo, sostienen que, pese a ello, los tribunales pueden proporcionar una voz institucional importante para los pobres y promover la equidad en salud cuando logran acceder a ellos. Por tanto, el principal problema para este “bando favorable a los litigios” es mejorar el acceso a la justicia. Nuestro objetivo es analizar las demandas en que los litigantes están representados por abogados públicos (de la Defensoría Pública y del Ministerio Público), en litigios en materia de derecho a la salud en la ciudad de São Paulo para averiguar si al menos este tipo de litigios está llegando a los ciudadanos más necesitados. Este estudio analiza tres indicadores: los ingresos de los litigantes, el índice de desarrollo humano y el índice de necesidades de salud de las zonas en que viven. Nuestra conclusión es que, aunque los abogados públicos parecen representar principalmente a personas de bajos ingresos, otros indicadores sugieren que todavía hay importantes obstáculos para que lleguen a los más necesitados.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud – Acceso a la justicia – Abogados públicos – Pobreza – Brasil



OBONYE JONAS

Obonye Jonas é professor titular do departamento de direito da Universidade de Botsuana. É bacharel pela Universidade de Botsuana e mestre em direito pela Universidade de Pretória. Jonas publicou vários artigos em revistas internacionalmente reconhecidas. Suas áreas de pesquisa incluem direito internacional, bem como direito internacional e regional de direitos humanos com foco especial na África. Sua carreira se divide entre academia e advocacia. Ele

foi admitido para a ordem dos advogados para atuar perante Tribunais Superiores de Botsuana em novembro de 2009 e é membro fundador e sócio diretor da Jonas Attorneys, um escritório de advocacia privada.

E-mail: jonas15098@yahoo.co.uk.

RESUMO

Procedimentos de extradição não estão imunes às restrições impostas aos Estados pelo direito internacional de direitos humanos em questões de liberdades individuais. Isso ocorre porque noções fundamentais de direitos humanos compõem a ordem pública da comunidade internacional e, como tal, possuem primazia em relação a obrigações decorrentes de tratados. Uma das principais normas adotadas em tratados de extradição diz respeito à pena de morte. Este artigo discute tal norma no contexto da África do Sul, um Estado de viés abolicionista, e Botsuana, retencionista. Extradições envolvendo pena de morte têm gerado tensões diplomáticas entre os dois países; uma vez que a África do Sul insiste que Botsuana deve garantir de maneira satisfatória que a pena de morte não será imposta ao extraditando ou, caso o seja, não será de fato executada. Botsuana tem se recusado a conceder tal garantia. Isso tem levado a um impasse entre estes dois países nesta seara. Este artigo analisa o regime de extradição entre os dois países, referindo-se especificamente à pena de morte à luz do presente impasse. Argumenta-se, neste artigo, que a posição adotada pela África do Sul está de acordo com os melhores parâmetros e práticas sobre o tema e que Botsuana deve acatar as reivindicações da África do Sul.

Original em inglês. Traduzido por Thiago Amparo.

Recibido em dezembro de 2012. Aprovado em maio de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Pena de morte – Direito à vida – Extradição – Botsuana – África do Sul



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

DIREITOS HUMANOS, EXTRADIÇÃO E PENA DE MORTE: REFLEXÕES SOBRE O IMPASSE ENTRE BOTSUANA E ÁFRICA DO SUL

Obonye Jonas

1 Introdução

A República da África do Sul aboliu a pena de morte como sentença para qualquer crime.¹ Pode-se dizer, portanto, que a África do Sul é um estado abolicionista. Botsuana, ao contrário, é um estado retencionista,² e de acordo com a seção 26(1) do Código Penal de Botsuana (1964, cap 08:01), a execução se dá por enforcamento.

Nos termos do Código Penal de Botsuana, a pena de morte pode ser aplicada no caso de crimes de homicídio (s 203(1)); traição (s 34(1)); lesão corporal com intenção de matar na prática da pirataria (s63 (2)); instigar um estrangeiro a invadir Botsuana (s35); comportamento covarde (s29) e motim (ss34-35). Além disso, o Código Penal prevê as seguintes limitações: a pena de morte não pode ser imposta a pessoas com menos de dezoito anos (s 26(3)) e gestantes (s 26(3)). Esta pena também não pode ser imposta onde haja circunstâncias atenuantes.³

A diferença entre África do Sul e Botsuana no que diz respeito à aplicação da pena de morte tem gerado tensão diplomática entre os dois países; uma vez que a África do Sul insiste, por meio de seus tribunais, que não pode sancionar nenhuma extradição para um Estado retencionista como Botsuana no caso de crimes puníveis com pena de morte, exceto quando tal estado retencionista tenha oferecido garantias suficientes de que a pena de morte não será imposta ao extraditando ou, caso o seja, de que não será de fato executada.

Por sua vez, o governo de Botsuana tomou deliberadamente a “decisão de não assinar mais quaisquer papéis referentes a procedimentos de extradição de acusados de homicídio que devem ser extraditados da África do Sul para Botsuana” (PITSE, 2010). Em face da obstinação de ambos os países, o resultado é que fugitivos que cometeram crimes puníveis com pena de morte em Botsuana e conseguiram escapar

Ver as notas deste texto a partir da página 212.

para a África do Sul não são levados a julgamento, uma vez que a África do Sul se recusa a entregá-los a Botsuana para serem submetidos a julgamento. Além disso, a África do Sul não pode julgá-los, devido à falta de legislação no país que atribua a suas cortes os poderes ou jurisdição necessários para julgar acusados por crimes cometidos fora do território sul-africano.

Este artigo analisa o impasse atual entre África do Sul e Botsuana no que diz respeito a extradições de fugitivos que cometeram crimes puníveis com pena de morte em Botsuana e depois fugiram para a África do Sul. Argumenta-se, neste artigo, que a posição intransigente adotada pela África do Sul de exigir salvaguardas por parte de Botsuana para que esta não execute ou cumpra com sentenças de morte está de acordo com a normativa internacional e melhores práticas nesse campo. Portanto, Botsuana deve respeitar estes pedidos de garantias e assegurar que o regime de extradição entre os dois países não seja afetado. Se o impasse atual persistir, criminosos vencerão e a justiça será a maior perdedora.

2 Panorama breve do status da pena de morte no direito internacional

Medidas voltadas a abolir pena de morte datam de Cesare Beccaria durante o Iluminismo, e há registros de debates públicos a respeito desde a Grécia Antiga em torno do ano 427 AC (DEVENISH, 1990, p. 1). O primeiro instrumento internacional que buscou limitar o uso do instituto da pena de morte foi a Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra de 1929,⁴ muito embora sua aplicação se limite a prisioneiros de guerra capturados durante conflitos armados (ROTHENBERG, 2004). Segundo alguns acadêmicos, como William Schabas, tentativas mais sistemáticas, consolidadas e reais para abolir a pena de morte somente tiveram início no século XX, no final dos anos 1940. Após a perda incalculável de vidas durante a Segunda Guerra Mundial, o movimento abolicionista obteve mais apoio popular, e vários Estados pararam de praticar a pena de morte, incluindo estados europeus anteriormente considerados párias, como Alemanha, Áustria e Itália, que aboliram a pena de morte como parte do processo de “justiça de transição” para dar um desfecho ao passado marcado por abusos de direitos humanos cometidos na década anterior (SCHABAS, 2002, p. 2).

Em meados do século XX, o direito internacional de direitos humanos passou a ganhar credibilidade, ocupando papel central na normativa das instituições internacionais recém-criadas como as Nações Unidas (ONU) e o Conselho Europeu. Ao elaborar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Assembleia Geral da ONU planejava proibir a pena de morte no âmbito do Artigo 3º, o qual consagra o “direito à vida”. No decorrer do debate, quase ninguém se posicionou no sentido de “alegar que a pena de morte é legítima, adequada ou fundamentada” para qualquer crime. Não obstante, a maioria dos Estados ainda não estava disposta a aboli-la, e, para apaziguar tanto adversários quanto defensores da pena de morte e para evitar um impasse nas negociações para a adoção da Declaração Universal, negociadores trataram a pena de morte “como uma exceção inevitável e necessária ao direito à vida, mas também cuja validade era cada vez mais alvo de críticas” (SCHABAS, 2002).

Quando o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado em 1966, muitos esperavam que este tratado aboliria a pena de morte (SCHABAS, 2002). Não obstante, manteve-se facultativa a abolição da pena de morte por conta da “prudência de seus redatores, conscientes desta anomalia, mas também com medo de alienar estados retencionistas e desencorajá-los a ratificar o Pacto” (SCHABAS, 2002). Apesar do fracasso do PIDCP em abolir a pena de morte, Schabas nota que “há uma tendência inequívoca no sentido de abolir a pena de morte”, e que esta tendência é perceptível “na prática estatal, no avanço das normas internacionais, e em valores humanos fundamentais [que] indicam que... [a pena de morte] não persistirá por muito tempo” (SCHABAS, 2002, p. 377).

Vale a pena notar que especialistas discordam sobre a questão de se a pena de morte é proibida no âmbito do direito internacional. De acordo com Dugard e Van den Wyngaert, (1998, p. 196) nenhum tratado internacional de direitos humanos proíbe a pena de morte, embora protocolos ao PIDCP, à Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção Europeia) e à Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção Americana) tenham abolido este tipo de pena. Os dois autores vão além ao afirmar que nem *usus* tampouco *opinio juris* dos Estados corroboram um embargo à pena de morte no âmbito do direito internacional (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 196). Nesta mesma linha, em *Prosecutor v. Klinge*, a Suprema Corte da Noruega decidiu que é permitida a prática da pena de morte na Noruega, uma vez que tal pena não é proibida pelo direito internacional (NORWAY, *Prosecutor v. Klinge*, 1946, p. 262).⁵ Por outro lado, Schabas sustenta que dizer que o direito internacional não proíbe a pena de morte é no mínimo impreciso, “uma vez que vários tratados internacionais agora proíbem a pena de morte”. Embora ele reconheça que estes tratados estão longe de alcançar abrangência universal, Schabas destaca que aproximadamente setenta Estados estão agora obrigados “a não impor a pena de morte perante o direito internacional e em função de tratados ratificados” (SCHABAS, 2003).

Muito embora este autor não busque necessariamente conciliar as diferentes perspectivas de especialistas demonstradas acima, resta claro que a tendência de prescrever sentenças de morte caminha para o desuso ou para a abolição da pena de morte.⁶ Em 2003, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu em *Öcalan v. Turquia* que, embora o artigo 2(1)⁷ da Convenção Europeia expressamente reconheça a pena de morte, a prática dos membros do Conselho Europeu indica que esta forma de sentença está proibida pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Öcalan v. Turkey*, 2003, paras. 188-199), uma vez que todos os estados da Europa Ocidental ou aboliram a pena de morte *de facto* ou *de jure* (VAN DEN WYNGAERT, 1990).

De acordo com Schabas, embora ainda seja prematuro afirmar que a pena de morte seja proibida pelo direito consuetudinário internacional, a dinâmica das normas internacionais sugere que isto ocorrerá em breve (SCHABAS, 2002, p. 2). Por exemplo, o estatuto fundador do Tribunal Penal Internacional (TPI) e as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que estabeleceram os Tribunais Penais Internacionais para Ex-Iugoslávia e para Ruanda não prevêm a pena de morte entre os tipos de penas aplicáveis, apesar de estes tribunais judiciais terem sido criados com o fim de julgar os crimes mais hediondos que abalam a consciência da humanidade.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas também observou que o PIDCP “fortemente sugere que a abolição é desejável” (ROTHENBERG, 2004, p. 65). De fato, desde a adoção do PIDCP, nações de todo mundo tem caminhado com notável rapidez no sentido de pôr fim à pena de morte, de tal forma que, em meados da década de 1990, o número de estados abolicionistas superou o de estados retencionistas (SCHABAS, 2002, p. 2). O movimento no sentido de abolir a pena de morte continua até o momento, com uma média de três Estados por ano pondo fim à pena de morte ao longo das últimas duas décadas (BADINTER, 2004). Em consonância com esta tendência, a partir do último trimestre de 2011, cerca de 16 países da África aboliram a pena de morte (KAYTESI, 2012). Na África Austral, seis países aboliram a pena de morte,⁸ e cerca de três deles impuseram uma moratória a esta pena.⁹

Apesar destes avanços no âmbito internacional, Botsuana continua a utilizar a pena de morte como uma das formas de sanção para certos crimes. Na mesma esteira do movimento pela abolição da pena de morte, a Comissão Africana exortou Botsuana no caso *Interights & outros v. Botsuana* (TANZANIA, 2003, p. 84) a:

...seria um erro da parte da Comissão Africana emitir uma decisão sobre este assunto sem reconhecer a evolução do Direito Internacional e da tendência de abolição da pena de morte... A Comissão Africana encorajou também esta tendência com a adoção de uma ‘Resolução que Exorta os Estados a Considerar uma Moratória à Pena de Morte’, e, portanto, encoraja todos os Estados-Partes da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos a tomarem todas as medidas para deixarem de praticar a pena de morte.

(AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE’S RIGHTS. *Interights et al. v. Botswana*, 2003).

Durante a primeira participação de Botsuana na Revisão Periódica Universal (RPU) em 2008, membros do grupo¹⁰ responsável por esta revisão exortaram o país a abolir a pena de morte, ocasião em que Botsuana declarou não ter intenção alguma de fazê-lo. Após a execução do assassino convicto, Zibane Thamo em 31 de janeiro de 2012, a Relatora Especial para o Grupo de Trabalho de Especialistas sobre Pena de Morte da Comissão Africana, Comissária Zainabo Sylvie Kayitesi, declarou que “a Comissão Africana lamenta a execução realizada em Botsuana [...] ao mesmo tempo em que muitos países africanos decidiram adotar uma moratória à pena de morte e alguns deles caminham no sentido de abolir por completo a pena de morte” (KAYITESI, 2012). Ela notou ainda que, a pena de morte representa a “mais grave violação de direitos humanos fundamentais, em especial o direito à vida de acordo com o Artigo 4º da [Carta Africana]” (KAYITESI, 2012).

3 Botswana e a tendência de abolição da pena de morte

Conforme indicado acima, parece que Botsuana está a nadar contra a maré da abolição da pena de morte, uma vez que o país aparenta ser impermeável a esforços no direito internacional nesse sentido. No entanto, é importante ressaltar que Botsuana não é parte de nenhum instrumento que põe fim à pena de morte e, como tal, é possível sustentar que sua prática da pena de morte não viola princípios de direito internacional,

já que o país não assumiu responsabilidade alguma perante o direito internacional seja de abolir, seja de impor uma moratória à pena de morte. Portanto, ao comentar sobre o efeito do direito internacional sobre a prática da pena de morte em Botsuana, o Tribunal de Apelação de Botsuana notou em *Ntesang v. The State* (BOTSWANA, 2007, p. 387) que avanços no cenário internacional não são e não podem ser vistos como decisivos de forma a prevenir que o tribunal confirme as prerrogativas constitucionais de que desfruta para impor a pena de morte nos casos assim tipificados na lei. Em suas próprias palavras, o tribunal notou que:

É claro que este Tribunal ... não pode e não deve fechar os olhos para os acontecimentos em outras partes do mundo, e entre a comunidade internacional a que pertencemos. Porém, este Tribunal deve limitar-se ao papel atribuído a nós como um órgão puramente adjudicante e não legislativo nos termos da Constituição, que é a lei fundamental deste país, e é a respeito da interpretação desta lei básica que somos chamados a decidir neste processo.

(BOTSWANA, *Ntesang v. The State*, 2007, p. 158).

Tshosa sustenta que a postura do Tribunal em *Ntesang* é de autocontenção judicial no que diz respeito ao uso do direito internacional como fundamento para abolir a pena de morte (TSHOSA, 2001, p. 107). Ele sustenta que essa “[...] forma de autocontenção representa indiretamente um endosso judicial da teoria clássica segundo a qual o direito internacional e o nacional compõem sistemas jurídicos distintos que regem cada qual uma ordem jurídica diferente” (TSHOSA, 2001, p. 107).

Tribunais sul-africanos têm adotado a mesma posição que os tribunais de Botsuana, ou seja, de que o direito internacional não proíbe a pena de morte (SOUTH AFRICA, *State v. Makwanyane*, 1995, para 36). É importante ressaltar, no entanto, que a recusa da África do Sul em entregar à Botsuana fugitivos criminosos que possivelmente serão condenados à pena de morte fundamenta-se nos imperativos de sua Carta de Direitos Fundamentais, e no princípio de cortesia derivado do direito internacional consuetudinário, e não em dispositivos de direitos humanos de instrumentos internacionais. No caso *Hilton v. Guyot* (UNITED STATES, 1895, p. 133), citado pela decisão do Tribunal Superior no caso *Minister of Home Affairs & Outros v. Emmanuel Tsebe & Others* (SOUTH AFRICA, 2012, p. 16), explicou-se que o princípio de cortesia implica o “reconhecimento que uma nação atribui em seu território a atos legislativos, judiciais ou executivos de outros países, com devida consideração ao dever e conveniência internacionais e aos direitos de seus próprios cidadãos ou outras pessoas que estejam sob proteção de suas leis” (UNITED STATES, *Hilton v. Guyot*, 1895, p. 136).

4 Acordos de extradição entre Botsuana-África do Sul

A República da África do Sul e Botsuana adotaram um Tratado de Extradição em 1969. Apesar da existência deste tratado entre os dois países, a África do Sul se recusa a entregar qualquer pessoa acusada de ter cometido um crime punível com pena de morte a Botsuana ou a qualquer outro país, por acreditar que a instituição da pena de morte viola direitos humanos fundamentais, como o direito à vida, à dignidade e a proibição do tratamento cruel, desumano ou degradante, consagrados

na Carta de Direitos Humanos da Constituição Sul-Africana. Além dos imperativos constitucionais proibitivos, o artigo 6º do Tratado de Extradicação entre Botsuana e África do Sul estabelece que: “A extradicação pode ser negada se, nos termos da lei da parte requerente, o crime com base no qual é feito o pedido de extradicação seja punível com morte e se a lei da parte requerida não prever pena de morte para tal crime.” Além disso, Botsuana e África do Sul, juntamente com outros países na região da África Austral, finalizaram o Protocolo sobre Extradicação da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC, siga original em inglês) (2006). Nos termos de seu artigo 5(j) deste Protocolo, a extradicação pode ser recusada:

Se o crime para o qual a extradicação é requerida prever a pena de morte nos termos da lei do Estado Requerente, ao menos que o Estado ofereça garantia considerada suficiente pelo Estado Requerido de que a pena de morte não será imposta ou, caso o seja, de que não será de fato executada [...].

(SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT
COMMUNITY, 2006, artigo 5º (c), p. 5).

Para esse fim, a Carta de Direitos da Constituição da África do Sul, assim como o Tratado de Extradicação entre os dois países e o Protocolo sobre Extradicação da SADC, deixa claro que a África do Sul é proibida pela lei cabível a entregar a Botsuana qualquer extraditando que corra risco de ser submetido à pena de morte caso não haja garantia de que tal pessoa não será executada caso condenada. O problema da extradicação em uma situação em que o extraditando poderia receber uma sentença de morte surgiu, entre África do Sul e Botsuana, no caso *Tsebe* (SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, p. 16). Dada a importância vital este caso para a presente análise, é pertinente discutir o assunto, ainda que brevemente.

Neste caso, os peticionários, Sr. Tsebe¹¹ e Sr. Phale, foram indiciados pelas autoridades de Botsuana por ter “brutalmente” assassinado seus parceiros amorosos em incidentes não correlatos. Para escapar do processo, os peticionários cruzaram a fronteira de Botsuana com a África do Sul. Posteriormente, eles foram presos na África do Sul com vistas a extraditá-los para Botsuana a pedido deste último. O ministro da Justiça da África do Sul solicitou uma garantia por parte de Botsuana de que, em caso de extradicação, a pena de morte não seria imposta aos peticionários e que, caso o fosse, não seria executada. Esse pedido foi recusado. Apesar da recusa de Botsuana, a África do Sul iniciou o processo de extradicação dos acusados. Ao contestar sua extradicação, os peticionários solicitaram que o *South Gauteng High Court* (o Tribunal Superior), da África do Sul, declarasse que sua extradicação seria inconstitucional.

Após levar em consideração instrumentos internacionais, a jurisprudência estrangeira e suas próprias legislação e jurisprudência nacionais, o Tribunal Superior julgou procedente o pedido dos autores e recusou a extradicação. O tribunal considerou que a extradicação dos peticionários a Botsuana, país que se recusou a oferecer garantias de que a pena de morte não seria imposta – ou, caso o fosse, não seria executada – seria ilegal e constituiria uma violação de seu direito à vida, direito à dignidade e proibição de tratamento desumano e degradante, conforme consagrado na Constituição sul-africana. Ao emitir sua decisão, o tribunal observou que:

Conforme exposto acima, [a posição de Botsuana sobre a pena de morte] destoa da tendência mundial de abolir a pena de morte; este país possui uma história terrível de “execuções secretas” no que diz respeito à sua implementação da pena de morte; a sua Constituição não induz confiança de que dispositivos referentes a pedidos de indulto serão aplicados de forma humana e independente; as conclusões dos relatórios internacionais sobre a qualidade e equidade de seu sistema judicial no trato de crimes puníveis com pena de morte estão aquém elogiosas; os instrumentos internacionais vinculantes indicam que a extradição seria rejeitada pela República; e a legislação nacional da República até onde se saiba proíbe a extradição; e não há norma internacional alguma que obrigariam a República a extraditar nestas circunstâncias.

(SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, para. 19).

Em sede recursal, a Corte Constitucional confirmou a decisão do Tribunal inferior, sob o argumento de que extraditar indivíduos para um local ou país onde há risco de que sejam executados seria antiético em relação ao ethos da sociedade sul-africana, o qual se baseia em “valores de dignidade humana, a realização da igualdade e o avanço de direitos humanos e liberdades [...] e a supremacia da Constituição e do estado de direito” (SOUTH AFRICA, *Mohamed and Another v. President of the RSA and Others*, 2001, para. 17). Ao criticar a pena de morte, ambas as cortes quase chegaram ao ponto de qualificá-la de bárbara. Ao decidir o caso *Tsebe*, ambas as cortes se basearam em uma decisão anterior da Corte Constitucional da África do Sul, a saber *Mohamed v. President of the Republic of South Africa* (SOUTH AFRICA, 2001, para. 18), o primeiro caso na África do Sul a firmar o princípio de que África do Sul deve por lei recusar extraditar quando o Estado requerente é um estado retencionista, e carece de preparo ou vontade para oferecer garantias necessárias para a África do Sul de que a pena de morte não será imposta ao fugitivo ou, caso o seja, não será executada.

Dada a importância da decisão do caso *Mohamed*, é também pertinente discutir brevemente esse caso para se ter uma visão completa da questão. Neste caso, Mohamed, nacional da Tanzânia, foi acusado de agir em conluio com outros terroristas no bombardeio das embaixadas americanas em Nairóbi e Dar es Salaam, onde algumas pessoas foram mortas. Após os atentados, ele fugiu para a África do Sul. Plenamente ciente de que, se levado aos EUA, Mohamed poderia ser condenado à pena de morte se considerado culpado pelas acusações de assassinato em série, as autoridades sul-africanas entregaram-no aos oficiais dos EUA sem, no entanto, requisitar que fossem dadas garantias de que a pena de morte não seria imposta a ele se fosse condenado ou que, caso o fosse, não seria praticada. Ao emitir sua decisão a respeito, a Corte Constitucional desaprovou o fracasso da África do Sul em viabilizar um “acordo aceitável” com vistas a garantir que Mohamed não seria submetido à pena de morte nos EUA. Ademais, a Corte ressaltou que, ao entregar o extraditando aos EUA, o governo sul-africano facilitou a imposição da pena de morte a ele e que essa conduta constitui uma violação de suas obrigações contidas na seção 7(2) da Constituição, que requer que o governo “respeite, proteja, promova e cumpra com os direitos assegurados na Carta de Direitos” (SOUTH AFRICA, *Mohamed and Another v. President of the RSA and Others*, 2001, paras. 58-60).

Em seguida, a Corte afirmou que, ao entregar Mohamed para autoridades dos EUA para que ele fosse julgado naquele país, mesmo com pleno conhecimento de que caso fosse considerado culpado ele seria submetido à pena de morte, sem no entanto exigir a necessária garantia por parte dos EUA, o governo sul-africano violou o direito constitucional de Mohamed à vida, à dignidade humana e a não ser tratado ou punido com tratamento cruel, desumano ou degradante (SOUTH AFRICA, *Mohamed and Another v. President of the RSA and Others*, 2001, para. 37, 58 and 60). Uma abordagem semelhante foi adotada pelo Tribunal de Apelação do Canadá no caso *Canada (Minister of Justice) v. Burns & Anor.* (CANADA, 2001, p. 19). Nesse caso, o tribunal considerou que a emissão de uma ordem pelo ministro da Justiça canadense para extraditar réus fugitivos para os EUA, onde eles estavam sendo procurados para serem submetidos a julgamento por homicídio, na ausência de uma garantia por parte deste país de que estes réus não seriam condenados à prisão perpétua, constitui uma violação de seus direitos à vida, liberdade e segurança da pessoa garantidos nos termos do artigo 7º da Carta Canadense. O Tribunal de Apelação, portanto, anulou a ordem de extradição por considerá-la inconstitucional (CANADA, *Canada (Minister of Justice) v. Burns & Anor*, 2001, para 20).

5 Conciliando extradição com direitos humanos

Conforme demonstrado acima, há atualmente uma vasta jurisprudência em direito internacional de direitos humanos que sustenta a posição de que questões de direitos humanos de fugitivos devem ser levadas em consideração antes da extradição ser levada a cabo. De acordo com Plachta, o avanço do discurso de direitos humanos tem inevitavelmente impactado a área de cooperação internacional em matéria de justiça criminal, cujo aspecto de maior destaque – extradição – tem por vários séculos sido dominado por preocupações profundamente enraizadas nos “interesses dos Estados, como soberania, manutenção do poder e da ordem interna, preservação das alianças políticas externas, e etc.” (PLACHTA, 2001, p. 64). Assim, no âmbito do direito internacional clássico, direitos humanos estavam protegidos na medida em que sua proteção fosse compatível com as prioridades ou interesses declarados do Estado (PLACHTA, 2001). Isso ocorre porque, no âmbito do direito internacional tradicional, protege-se com maior ênfase o Estado, e não o indivíduo (MURRAY, 2004, p. 7). Com a relevância cada vez maior do movimento de direitos humanos no cenário mundial, esta perspectiva centrada no Estado mudou radicalmente. Esta mudança coincidiu com o fortalecimento do papel do ser humano no âmbito internacional e com a redução da predominância do Estado em questões globais. Hoje, direitos humanos são tão vitais que, mesmo extraditando quem cometeram ou são acusados de terem cometido os crimes mais hediondos são tratados de forma que respeite os seus direitos (DUGARD, 2011, p. 226).

Enquanto algumas nações continuam empenhadas em proteger os direitos de extraditando, deve-se também ponderar que os níveis de crimes transnacionais e internacionais têm crescido de maneira significativa na última década como parte do processo de globalização e avanço tecnológico (EKMEKCIOGLU, 2012, p. 204). A comunidade internacional têm reagido ao flagelo do crime transnacional

estabelecendo instituições como a Serviço Europeu de Polícia (Europol)¹² e a Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol)¹³ e outros tratados bilaterais e multilaterais concebidos para “banir o crime transnacional, promover extradição e possibilitar assistência mútua” (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 1). O modelo da extradição revela uma tensão inevitável entre a necessidade de combater o crime e a observância de direitos humanos na justiça criminal, daí a importância de se estabelecer um sistema criminal em que seja possível lidar ou combater o crime de uma maneira sensível a direitos humanos. Este comentário foi feito pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Soering v. Reino Unido* (EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS, 1989, p. 161) quando emitiu a seguinte opinião:

[I]nherente à toda a Convenção [Europeia] [de Direitos Humanos] é a busca por uma ponderação justa entre as reivindicações de interesse geral da comunidade e as exigências derivadas da proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. Na medida em que a movimentação no mundo se torna cada vez mais fácil e o crime toma proporções ainda maiores, faz cada vez mais parte do interesse de todas as nações que acusados que fugiram para o exterior possam ser trazidos à justiça. Por outro lado, a criação de refúgios seguros para fugitivos não somente coloca em perigo o Estado obrigado a abrigar a pessoa sob proteção, bem como tende a minar os alicerces do instituto da extradição.

(EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS, *Soering v. United Kingdom*, 1989, para. 89).

A decisão em *Soering* é considerada pioneira por relacionar extradição a direitos humanos. Uma breve digressão pelos fatos deste caso é pertinente. Neste caso, o peticionário, *Soering*, nacional da Alemanha Ocidental, assassinou os pais de sua namorada em Virgínia (um estado retencionista nos EUA) e escapou para o Reino Unido, do qual os Estados Unidos solicitaram sua extradição. Enquanto o Reino Unido estava preparando sua extradição, o peticionário levou o caso à Comissão Europeia de Direitos Humanos para paralisar o processo de extradição sob a justificativa de que, dado que o estado de Virgínia é retencionista, o Reino Unido estaria violando suas obrigações decorrentes do artigo 3º da Convenção Europeia, que proíbe submeter qualquer pessoa à tortura e tratamento ou pena desumana ou degradante.

A Comissão remeteu o caso de *Soering* à Corte Europeia de Direitos Humanos. A Corte julgou procedente, aceitando o argumento trazido pelo peticionário de que, ao remetê-lo aos EUA, o Reino Unido estaria violando suas obrigações nos termos do artigo 3º da Convenção Europeia, porque havia um risco real de que ele fosse submetido a tratamento desumano e degradante por ser mantido em um corredor da morte por um longo período no estado de Virgínia. Em seguida, a Corte decidiu que o fato de que as violações de direitos humanos ocorreriam fora do território do Reino Unido não o isentava de responsabilidade por qualquer efeito previsível da extradição que pudesse ocorrer fora de sua jurisdição (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Soering v. United Kingdom*, 1989, para 91). A partir desta perspectiva, um Estado requerido é responsável perante a Convenção Europeia quando, apesar de

haver fundamentos razoáveis para prever que violações de direitos humanos ocorrerão, decide mesmo assim a prosseguir com a extradição do fugitivo. Esta abordagem foi adotada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas (o CDH) no caso *Ng v. Canadá* (1993b, 161). Neste caso, o Comitê decidiu que o Canadá violou o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o qual proíbe a submissão de uma pessoa a pena cruel, desumana ou degradante ao extraditar Ng aos Estados Unidos, onde havia um risco considerável de que, se condenado à morte na Califórnia, ele seria executado por meio de asfixia a gás, uma forma de punição proibida no âmbito do artigo 7º do PIDCP citado acima.

Apesar de ser desejável conciliar extradição e imperativos de direitos humanos, a realização deste processo de reconciliação pode se mostrar quase impossível, precisamente porque o direito internacional ainda não colocou em prática de maneira claramente articulada parâmetros ou diretrizes e regras que devem orientar o processo de tomada de decisão do país que possui a custódia de um fugitivo sobre se deve ou não entrega-lo ao Estado requerente, levando-se em consideração a situação de direitos humanos neste Estado. Dugard e Van den Wyngaert sustentam, com razão, que o exercício de ponderação entre estes dois interesses conflitantes não pode ser feito por intuição ou com base em fundamentos pouco claros, mas deve-se primeiro identificar os interesse(s) envolvidos e em seguida estabelecer mecanismos e procedimentos que devem orientar os tomadores de decisão neste processo (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 1).

6 Os direitos envolvidos em um processo de extradição

Entre os principais direitos que tem sido invocados para impedir processos de extradição, podem ser citados: o direito à vida, o direito à dignidade e o direito a não ser tratado de forma degradante ou desumana. Esses direitos são particularmente relevantes após a sentença e antes da execução, no que tange ao método de execução e na perda da própria vida.

6.1 *O direito à vida (quando o fugitivo será submetido à pena de morte)*

Em Botsuana, o direito à vida é garantido nos termos da seção 4(1) da Constituição daquele país. Além disso, este é o artigo que permite a pena de morte como exceção ao direito à vida. Este artigo estabelece que: "Nenhuma pessoa pode ser privada de sua vida intencionalmente, exceto em execução de uma sentença judicial referente a um crime nos termos da legislação em vigor na Botsuana com base na qual tenha sido condenado" (BOTSWANA, 1996, 4(1)).¹⁴

Muito embora este dispositivo tenha sido criticado por reduzir a importância prática do direito à vida (TSHOSA, 2001, p. 110), o fato é que em Botsuana a pena de morte é constitucional.¹⁵ Defensores da pena de morte podem, portanto, sustentar que Botsuana pode em grande medida aplicar a pena de morte como melhor lhe convier, uma vez que a pena de morte é prevista na Constituição de Botsuana e não é proibida no direito internacional. No entanto, esta posição não deve ser vista como inteiramente correta. Conforme mencionado acima, esta postura segue em direção

oposta à tendência atual do direito internacional. Em *Kindler v. Canadá* (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 1993a, p. 426), o Comitê de Direitos Humanos conclui que, “embora os Estados Partes não sejam obrigados a abolir a pena de morte, eles são obrigados a limitar o seu uso”. Não obstante, o direito internacional não impõe ou obriga que um Estado requerido exija garantias por parte do Estado requerente de que este não executará a pena de morte. Portanto, no caso *Kindler*, o governo do Canadá decidiu não insistir em tal garantia por parte dos Estados Unidos, e tanto a Suprema Corte do Canadá, quanto o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas decidiram que o Canadá não possui obrigação alguma de insistir que tal garantia seja obtida. No entanto, o enfático voto dissidente de um dos membros do Comitê de Direitos Humanos, Sr. B. Wennergren, neste caso, é instrutivo. Em sua opinião, o direito à vida é o mais supremo, e não há margem para derrogação do direito estabelecido pelo artigo 6º, parágrafo 1º, do PIDCP. Assim, ele observou que o Canadá violou o referido artigo 6º, parágrafo 1º, ao concordar com a extradição de Kindler para os Estados Unidos sem que fossem dadas garantias confiáveis de que Kindler não seria submetido à execução decorrente de sentença de morte (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Kindler v. Canada*, 1993a, para 23).

Depois, no caso *Burns* citado acima, a Suprema Corte do Canadá reconsiderou sua posição e anulou sua decisão em *Kindler*. Dez anos depois, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas também reavaliou sua posição em *Kindler* (acima) no caso *Judge v. Canada* (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, 1998). Afastando-se de sua visão expressa no caso anterior, o Comitê de Direitos Humanos da ONU sustentou que:

Para os países que aboliram a pena de morte, há uma obrigação de não expor a pessoa a um risco real de sua aplicação. Desta forma, estes países podem decidir não remover, seja por expulsão seja por extradição, indivíduos de sua jurisdição, se for razoavelmente possível antecipar que estes serão condenados à pena de morte, sem que seja garantido que tal pena não será executada.

(HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Judge v. Canada*, 2003, par. 10.4).

Desta forma, o Comitê de Direitos Humanos concluiu que o Canadá violou o direito à vida de Judge nos termos do artigo 6(1) do PIDCP por deportá-lo aos Estados Unidos, onde era julgado por um crime punível com pena de morte, sem obter deste país a garantia prévia de que a pena de morte não seria executada caso fosse imposta judicialmente (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Judge v. Canada*, 2003, par. 10.6).

Os tribunais italianos adotam uma postura mais liberal. Perante tribunais italianos, não basta apenas emitir uma garantia de que a pena de morte não será executada para que os processos de extradição ou deportação possam seguir adiante. Em *Venezia v. Ministero di Graziae Giustizia, Corte cost* (ITALY, 1996, p. 815) um tribunal italiano decidiu que garantias oferecidas pelos Estados requerentes no sentido de que a pena de morte não seria aplicada não constituem salvaguarda suficiente e não vinculam o judiciário italiano. Nesse sentido, perante tribunais italianos, basta que seja provado que o fugitivo esteja sendo procurado por crimes potencialmente

puníveis com pena de morte para que extradição será recusada. A postura do poder judiciário na Itália expõe a importância vital do direito à vida.

6.2 Proibição da tortura

Ganha terreno hoje a alegação de que a prática da pena de morte constitui tortura (PROKOSCH, 2004, p. 24). Alguns comentaristas argumentam que a execução constitui tortura, já que inflige dor física e mental extrema em uma pessoa já sob custódia do governo (PROKOSCH, 2004, p. 26). A prática da tortura é proibida sob o direito consuetudinário internacional. De fato, a proibição da tortura goza de status de *jus cogens* no âmbito do direito internacional. Ademais, tortura é proibida por diversos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos dos quais Botsuana faz parte, como a Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH (artigo 5º), o PIDCP (artigo 7º), a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,¹⁶ e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1986, artigo 5º), entre outros. Em *Filartiga v. Pena-Irala* o Juiz Kaufman decidiu que:

Tendo em vista a condenação universal da tortura em vários acordos internacionais, e a renúncia da tortura como instrumento de política oficial por praticamente todas as nações do mundo (em princípio, caso não o seja na prática), descobrimos que um ato de tortura cometido por um oficial do Estado contra uma pessoa detida afronta as normas consolidadas de direito internacional de direitos humanos [...].

(UNITED STATES, *Filartiga v. Pena-Irala*, 1980, p. 630).

Dado que pena de morte constitui tortura, e tortura é proibida de maneira universal, os Estados requeridos não deveriam ter qualquer dificuldade em rejeitar pedidos de extradição para país algum onde o extraditando venha a ser submetido à tortura na forma de pena de morte. Portanto, África do Sul não pode ser criticada por se recusar a extraditar uma pessoa procurada por Botsuana e que seja acusada por um crime punível com pena de morte. Consentir com um pedido de extradição feito por um Estado retencionista, num caso em que não foi dada garantia de não aplicação da pena de morte, seria fomentar a perpetuação da tortura.

7 Tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

Dugard e Van den Wyngaert defendem que o status do direito a não ser submetido a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes não está claro no direito consuetudinário internacional, em especial por causa de sua natureza bastante abrangente (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 198). No entanto, certas formas de tratamento ou pena podem ser prontamente qualificadas como tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Entre elas, pode ser citado o fenômeno do corredor da morte. Não há dúvida de que, quando um preso é mantido em condições adversas por um longo período de tempo, sob a perspectiva de ser executado pairando sobre si, juntamente com a angústia cada vez maior frente à iminência de sua execução,

está sendo submetido a tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante. Não obstante, no caso *Kindler*, o Comitê de Direitos Humanos da ONU sustenta que “longos períodos de detenção sob um severo regime de privação de liberdade no corredor da morte não podem ser em geral considerados tratamento cruel, desumano ou degradante, se o condenado estiver apenas valendo-se de recursos de apelação” (HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Kindler v. Canada*, 1993, para 15.2). A Suprema Corte do Zimbábue adotou uma posição oposta nesta matéria no caso *Commission for Justice & Peace, Zimbábue v. Attorney-General Zimbabwe* (ZIMBABWE, 1993, p. 239), no qual afirmou que:

Parece-me altamente artificial e irreal desconsiderar a agonia mental e tormento vivido no corredor da morte com base no argumento de que, ao não fazer uso máximo dos recursos judiciais disponíveis, o condenado teria reduzido, ao invés de prolongado ainda mais, seu sofrimento.

(ZIMBABWE, *Zimbabwe v. Attorney-General Zimbabwe*, 1993, p. 265)¹⁷

Muito embora Botsuana seja em geral rápida em executar aqueles declarados culpados, houve casos do chamado fenômeno do corredor da morte,¹⁸ afrontando, portanto, direitos fundamentais de presos. Para tanto, sustenta-se que a pena de morte é um resquício de um sistema de penas ultrapassado e viola noções de dignidade humana e direitos humanos, as quais são hoje “reconhecidas como princípios supremos, e como normas absolutas, em qualquer sociedade politicamente organizada” (YAZAMI, 2008).

8 Algumas notas sobre a execução da pena de morte em Botsuana

Juízes e acadêmicos têm criticado o histórico de Botsuana no que diz respeito à execução da pena de morte. O plenário do Tribunal Superior de Gauteng no caso *Tsebe* notou que “desde sua independência, concedida em 1966, Botsuana não tem apresentado um bom histórico de implementação da pena de morte” (SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, para. 61).

Chenwi afirma ser particularmente lamentável que, no caso de *Interights v. Botsuana*, o governo de Botsuana secretamente tenha enforcado uma condenada, Bosch, enquanto seu caso ainda estava pendente perante a Comissão Africana. No caso *Bosch* a acusada foi condenada por assassinato. Depois de esgotar todos os recursos locais, ela levou o caso à Comissão alegando que a iminente pena de morte imposta a ela violava alguns de seus direitos assegurados na Carta Africana. Em 27 de março de 2001, o Presidente da Comissão Africana enviou uma carta ao presidente de Botsuana solicitando que ele suspendesse a execução da peticionária enquanto ela aguardava a decisão final de sua petição pela Comissão. Apesar desse pedido, em 31 de março de 2001 Botsuana secretamente executou a peticionária.

Instituições internacionais de pesquisa têm também analisado a aplicação da pena de morte em Botsuana, concluindo que sua implementação deixa ainda muito a desejar. Por exemplo, em um de seus relatórios, intitulado *Hasty and Secretive Hanging* [Enforcamento Precipitado e Secreto], a Federação Internacional de Direitos Humanos

(2007) expõe de maneira clara algumas das principais deficiências nos processos de sentenciamento do sistema judicial de Botsuana, em especial no que diz respeito à aplicação da pena de morte. Mais importante, o relatório ressalta que, desde a independência de Botsuana em 1966, “apenas uma pessoa foi beneficiada com indulto depois de ter sido sentenciada à morte” (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, 2007, p. 18). O relatório destaca ainda que o processo de indulto conduzido pelo Comitê de Indulto é pouco confiável. Nota-se, de forma significativa, que o Comitê de Indulto “é um órgão executivo consultivo” (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, 2007, p. 26), cujos membros incluem *inter alia* o Procurador-Geral, principal assessor jurídico do governo. Portanto, pode-se arguir que a capacidade do Procurador-Geral de agir de forma independente, sem se curvar aos desejos e caprichos dos agentes políticos que o nomearam, resta gravemente prejudicada. Além disso, o funcionamento do Comitê de Indulto não é aberto ao público: os critérios e os fundamentos jurídicos dos atos do presidente são desconhecidos do público. Essa falta de transparência afronta a publicidade dos atos oficiais, tão necessária se o público há de manter sua confiança em instituições públicas. Neste contexto, o relatório observou que: “Essa completa falta de transparência representa uma séria ameaça ao devido processo e à administração da justiça, e viola o direito de pedir indulto ou comutação da pena, consagrado no artigo 6º, parágrafo 4º, do PIDCP” (INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS REPORT, 2007, p. 26).

O relatório também nota com preocupação o fato de que honorários baixos para advogados *pro deo* em casos de homicídio ameaçam os direitos individuais a garantias processuais no sentido de que remunerações baixas levam a que casos com grande potencial de violar os direitos de acusados caiam nas mãos de advogados inexperientes, que carecem de “habilidades, recursos e comprometimento para lidar com tais assuntos sérios, prejudicando os direitos do acusado.”

9 Caminho a seguir

Embora se deva admitir que Estados não devam entregar fugitivos a um país onde seus direitos serão violados, deve ser igualmente ponderado que tais fugitivos devem ser julgados, como forma de reprimir o crime e evitar que alguns Estados se transformem em refúgios seguros para criminosos. Portanto, é importante procurar estratégias e métodos potencialmente úteis para traçar um equilíbrio adequado entre proteção de direitos humanos e combate ao crime. Sugeriu-se que África do Sul e Botsuana podem usar o procedimento de extradição condicionada. Esse procedimento ou mecanismo é importante por ponderar os dois interesses em jogo, a saber: proteger os direitos do extraditando e julgar aqueles suspeitos de ter descumprido a lei. No contexto da pena de morte, extradição condicionada exigiria que o estado retencionista tomasse providências prévias para que o extraditando não seja executado no caso de ser condenado pelo crime com base no qual está sendo extraditado. No momento, Botsuana tem rejeitado essa solução. Espera-se, no entanto, que a sua posição sobre esta abordagem mude e que, finalmente, possa aceitá-la.

Extradição condicionada não é um fenômeno incomum. No caso *Aberto Makwakwa & others v. The State* (SOUTH AFRICA, 2011, para. 19), o governo de

Lesoto ofereceu uma garantia suficiente para a África do Sul, a pedido desta, de que os extraditados acusados de conspiração para matar o primeiro-ministro do Lesoto não seriam executados se considerados culpados. Dugard e Van den Wyngaert recordam também que, em outubro de 1996, Canadá extraditou Rodolfo Pacificador para as Filipinas para ser processado por homicídio, na condição de que, quando considerado culpado, ele não seria condenado à morte (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208).

A desvantagem da extradição condicionada é que o Estado requerente talvez não cumpra com as suas próprias garantias. Um exemplo disso é o caso de Wang Jianye, que foi extraditado pela Tailândia para a China para ser julgado por um crime punido com pena de morte sob a condição de que, se considerado culpado, ele seria poupado da guilhotina ou não seria condenado a uma pena superior a quinze anos. Quase um ano após essa extradição, Jianye foi executado pela China (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208). O atual impasse entre África do Sul e Botsuana em relação à extradição envolvendo a pena de morte é outro exemplo da falta de vontade política para aceitar a extradição condicionada.

Outra solução é o processo do direito internacional de *aut dedere aut judicare* nos termos do qual um Estado requerido pode recusar a extradição por medo de que os direitos de fugitivos sejam violados e preferir julgar o fugitivo por meio de sua própria máquina judicial. Normalmente, o princípio de *aut dedere aut judicare* é invocado em casos em que um infrator é acusado de crimes hediondos e nos quais não extraditar apresenta um sério risco de que tais fugitivos permanecerão impunes (BEDI, 2001, p. 103).

No direito internacional moderno, o princípio de *aut dedere aut judicare* tem sido interpretado como referindo-se apenas a amplos “crimes que, de alguma forma, afetam a sociedade humana” como um todo, e que, no jargão jurídico contemporâneo, podem ser considerados crimes internacionais (BEDI, 2002, p. 101). Sustenta-se, no entanto, que não há empecilho prático que restrinja a aplicação do *aut dedere aut judicare* apenas a crimes internacionais. A utilidade desta perspectiva, entretanto, é minimizada pelo fato de que, no momento, - e de maneira geral -, crimes estritamente nacionais não estão sujeitos a processos judiciais extraterritoriais, particularmente em jurisdições fundadas no direito anglo-saxão de direito consuetudinário. Essas jurisdições reconhecem o princípio de territorialidade como o fundamento para pressupor, em matéria de direito penal, sua jurisdição.

Nos últimos anos, a África do Sul adotou diversos instrumentos legislativos que buscam revestir tribunais sul-africanos da competência de julgar certos crimes específicos apesar de terem ocorrido fora da África do Sul. Entre estes diplomas legislativos, podem ser citados a Lei sobre Prevenção e Combate de Práticas de Corrupção (2004) e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (2004). Ao comentar sobre estes avanços no caso *Tsebe* (SOUTH AFRICA, 2012), o Tribunal Superior notou que, se a África do Sul pode adotar leis com vistas a atribuir a suas cortes a competência para julgar crimes cometidos fora de seu território, não há nenhuma razão para supor que uma legislação semelhante não possa ser aprovada para garantir que fugitivos em solo sul-africano que estejam sendo procurados por um Estado que prevê pena de morte para os crimes sobre os quais o fugitivo está sendo

julgado possam ser processados perante tribunais sul-africanos nos casos em que o Estado requerentes não esteja disposto a dar as garantias exigidas (SOUTH AFRICA, *Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others*, 2012, para 61).

Tal legislação seria de imensa utilidade para assegurar que aqueles que são acusados de cometer crimes puníveis com pena de morte em Botsuana e fogem para a África do Sul sejam julgados na África do Sul em todos os casos em que Botsuana não esteja disposta a garantir que eles não sejam executados. Isto garantiria que aqueles que cometeram crimes puníveis com pena de morte em Botsuana e ingressam no território da África do Sul não permaneçam impunes, como hoje é o caso. Ao adotar esta legislação, a África do Sul estará agindo em conformidade com o Protocolo sobre Extradicação da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC), o qual prevê em seu artigo 51 que, no caso em que a extradicação seja negada sob o fundamento de que um outro país da SADC não ofereceu a garantia necessária para exclusão da possibilidade de pena de morte, “[...] o Estado Requerido deve, se o outro Estado assim requerer, encaminhar o caso para as autoridades competentes com vistas a tomar medidas apropriadas contra a pessoa com base no crime que fundamente o pedido de extradicação” (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY, 2006, article 5 (c)).

No entanto, há dúvidas se este arranjo causará outros problemas no que diz respeito à produção de prova, em especial prova *viva voce* a qual aparece com destaque nos países de direito consuetudinário (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 209). Não há dúvida alguma de que extensão transnacional da jurisdição penal exigirá que testemunhas que residem no estado requerente sejam conduzidas ao Estado requerido para testemunhar. No caso *Tsebe* (SOUTH AFRICA, 2012), o Tribunal Superior apenas declarou que este problema não constitui uma barreira intransponível, já que tudo que se necessita para sua implementação efetiva é a cooperação entre os Estados requerente e requerido. Dugard e Van den Wyngaert, porém, sustentam ser altamente improvável que um Estado cujo pedido de extradicação tenha sido rejeitado por problemas envolvendo direitos humanos esteja disposto a cooperar com autoridades do Estado requerido (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208). Além disso, estes dois acadêmicos sustentam que, mesmo em casos em que provas tenham sido obtidas, os tribunais do Estado requerido podem ver esta prova como suspeita com base no histórico pouco convincente em relação aos direitos humanos sobre pena de morte do Estado requerente (DUGARD; VAN DEN WYNGAERT, 1998, p. 208).

Outro problema diz respeito à retroatividade da lei penal. Se a África do Sul adotar tal legislação penal extraterritorial, será que essa lei seria aplicável a crimes cometidos antes de sua adoção? Pode-se argumentar que esta lei não seria aplicada de forma retroativa *per se*, já que crimes puníveis com pena de morte previstos nas leis penais de Botsuana são há muito tempo reconhecidos como crimes na legislação penal de todos os países civilizados, incluindo a África do Sul. A legislação que atribui a tribunais sul-africanos a jurisdição penal para processar crimes cometidos fora da África Sul estaria, portanto, meramente instaurando uma máquina processual e não estabelecendo, de maneira retroativa, qualquer crime ou pena novos. Portanto, problemas de aplicação retroativa da lei talvez não surjam.

Outro problema atrelado à extensão da jurisdição penal de tribunais da África do Sul em relação a crimes puníveis com pena de morte é a diferença de tratamento ou de pena a pessoas consideradas culpadas pelos mesmos crimes, dado que aquelas em Botsuana podem vir a ser executadas, ao passo que aquelas julgadas na África do Sul não correrão o risco de serem sentenciadas à morte. Essa falta de uniformidade no que diz respeito à sentença penal entre as duas jurisdições pode dar ensejo a injustiças graves. Apesar desta lacuna, se a jurisdição penal de tribunais sul-africanos for ampliada, o problema passaria a ser uma questão de formas distintas de sentenciamento, e não mais uma questão de impunidade, como hoje. Pode-se argumentar que é melhor impor uma sentença menor do que deixar impune uma pessoa acusada de um crime punível com pena de morte, uma vez que a última opção consolida uma cultura indesejável de impunidade e prejudica os esforços de prevenção de crime.

10 Conclusão

Conforme indicado no início deste artigo, noções de direitos humanos têm adentrado todas as esferas da vida humana. Os direitos humanos têm se tornado um aspecto integrante do direito internacional contemporâneo, e a extradição não escapa ao seu alcance. A invocação de princípios de direitos humanos na área de extradição tem sido denunciada por muitas nações como um empecilho ao combate de crimes transnacionais e internacionais. Muito embora possamos expressar simpatia por estas preocupações, elas são insustentáveis do ponto de vista jurídico.

Como já mostrado neste artigo, um equilíbrio sofisticadamente delicado deve ser feito entre a proteção de direitos humanos e medidas voltadas a combater o crime. Ambos os interesses são legítimos e ocupam a primeira ordem de importância na agenda mundial, portanto um não pode ser prejudicado em benefício do outro. Um melhor sistema de direito penal internacional deve prever que arranjos de extradição sejam sensíveis aos direitos dos fugitivos. Para este fim, Botsuana e África do Sul devem agir rapidamente e adotar uma postura comum em relação à extradição que esteja em conformidade com as normas vigentes do direito internacional de direitos humanos. A abordagem mais comum e predominante no mundo e fácil de diligenciar ou implementar é a extradição condicionada que a África do Sul propõe. Mais criticamente, Botsuana deve ajustar seu esquema de sentença sobre crimes puníveis com pena de morte às crescentes tendências mundiais e abolir a pena de morte, ou aplicar a ela uma moratória.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- AMNESTY INTERNACIONAL. Facts and Figures on the Death Penalty. Disponível em: <<http://web2.amnesty.org/library/Index/engACT500022001?OpenDocument&of=THEMES%5CDEATH>>. Último acesso em: Maio 2013.
- ANDREA, Bianchi. 1997. Case note, 91. **African Journal in International Law**, n. 727, 1997.
- BADINTER, Robert. 2004. Moving towards universal abolition of the death penalty'. In: COUNCIL OF EUROPE. **Death Penalty: Beyond Abolition**. Strasbourg: Council of Europe, 2004. p. 7-11.
- BEDI, Satya D. 2001. **Extradition: A Treatise on the Laws Relevant to the Fugitive Offenders within and with Commonwealth countries**. Buffalo, New York: Wm. S. Hein Publishing, 2001.
- BERLIN, I. (1969). Two Concepts of Liberty. In: _____. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press.
- BOJOSI, Kealeboga N. 2004. A commentary on recent constitutional challenges to the death penalty in Botswana. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE APPLICATION OF THE DEATH PENALTY IN COMMONWEALTH AFRICA, 1. British Institute of International & Comparative Law. Entebbe, Uganda from 10th to 11th, 4. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/2191_bojosi_recent_constitutional_challenges.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- BOTSWANA. 1964. **Penal Code**, Cap 08:01, Laws of Botswana.
- _____. 1966. **Constitution of Botswana**, Cap 01:01, Laws of Botswana,
- _____. 1997. **Criminal Procedure and Evidence Act**, Cap 08:02, Laws of Botswana,
- CHENWI, Lilian. 2007. **Towards the Abolition of the death penalty in Africa: a human rights perspective**. Pretoria: Pretoria University Law Press.
- DEVENISH, G. E. 1990. The Application of the Death Penalty in South Africa. **South African Law Journal**, n. 37.
- DUGARD, John. 2011. **International Law: A South African Perspective**. Cape Town. Juta & Company.
- DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine. 1998. Reconciling Extradition with Human Rights. **The American Journal of International Law**, v. 92, n. 2. p. 187-212.
- EKMEKCIOGLU, Ercan. 2012. Transnational Crimes and Information Technologies. **International Journal Emerging Sciences**, v. 2, n. 2, p. 204-209.
- ESER, Albin; LAGODNY, Otto. (eds). 1992. **Principles and Procedures for a new transnational criminal law**. Freiburg-im-Breisgau, Germany: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales. Reprinted in Pace Y. B. Int'l Law 123 (1992). p. 489-710.
- GROTIUS, Hugo. 1925. **On the Law of War and Peace / De iure belli ac pacis**. Transl. Ralph Deman Magoffin. Book II, Chapter XXI, para. III-1, 2, IV-1, 3. Indianapolis: Bobbs-Merrill.

- HASSON, Kevin J. 2003. Religious Liberty and Human Dignity: A Tale of Two Declarations. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 27, n. 1, p. 81-92.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. 2008. **The Death Penalty under International Law: A Background Paper to the IBAHRI Resolution on the Abolition of the Death Penalty**. London: International Bar Association. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Human_Rights_Institute/About_the_HRI/HRI_Activities/death_penalty_resolution.aspx>. Último acesso em: Maio de 2013.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF HUMAN RIGHTS; THE BOTSWANA CENTRE FOR HUMAN RIGHTS. 2007. The death penalty in Botswana: Hasty and Secretive Hangings. International Fact-finding Mission, n. 473/2, June. Disponível em: <<http://www.ditshwanelo.org.bw/images/DPBHS.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- ISRAEL, Priscilla K. 2011. **An evaluation of extradition between the Republic of Botswana and the Republic of South Africa**. LLM dissertation, University of Pretoria, Pretoria.
- KAYITESI, Zainabo S. 2012. **Working Group on Death Penalty and Extra-Judicial, Summary or Arbitrary killings in Africa**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/sessions/51st/intercession-activity-reports/zainabo-sylvie-kayitesi/>>. Último acesso em: Maio 2013.
- KELSY, Francis W. **The Classics of International law**. Oxford: Clarendon Press. p. 526-529.
- MURRAY, Rachel. 2004. **Human Rights in Africa: from OAU to African Union**. Cambridge: Cambridge University Press. p. 7-30.
- NOVAK, Andrew. 2008. Guilty of murder with extenuating circumstances: transparency and the mandatory death penalty in Botswana. *Boston University International Law Journal*, v. 27, p. 174-204. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/international/volume27n1/documents/Novak.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY (OAU). 1982. **African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights**. OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>>. Último acesso em: Maio 2013.
- PENZIO, C. 1992. Death Penalty under international law. *Chicago Law review*, n. 63.
- PITSE, Reuben. 2010. **DPP asks Khama to reconsider decision on extradited murder suspects**. Disponível em: <<http://www.sundaystandard.info/article.php?NewsID=7943&GroupID=1>>. Último acesso em: Maio 2013.
- PLACHTA, Michael. 2001. Contemporary problems of extradition: human rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare. In: INTERNATIONAL TRAINING COURSE VISITING EXPERTS' PAPERS 1, 114th. Disponível em: <http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/57-07.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- PROKOSCH, Eric. 2004. 'The Death Penalty versus Human Rights'. In: COUNCIL OF EUROPE. **Death Penalty: Beyond Abolition**. Strasbourg: Council of Europe, 2004.

- RODLEY, Sir Nigel. 2004. The United Nation's work in the field of the death penalty'. In: COUNCIL OF EUROPE. **Death Penalty: Beyond Abolition**. Strasbourg: Council of Europe, 2004. p. 125-157.
- ROTHENBERG, Laurence E. 2004. International Law, US Sovereignty and the Death Penalty'. **Georgetown Journal of International Law**, Georgetown University Law Center, v. 35, n. 3, p. 547-596, Spring.
- SCHABAS, William A. 1993. **The Abolition of the Death Penalty in International Law**. Cambridge, England: Grotius Publications.
- _____. 2002. **The Abolition of the Death Penalty in International Law**. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- _____. 2003. The Abolition of Capital Punishment from an International Law Perspective. In: INTERNATIONAL CONFERENCE FOR 'CONVERGENCE OF CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS, 17th. International Society for the Reform of Criminal Law – Bridging the Gaps', The Hague, 24-28 August 2003. Disponível em: <<http://www.isrcl.org/Papers/Schabas.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- SCHACHTER, Oscar. 1983. Human Dignity as a Normative Concept. **American Journal of International Law**, v. 77, p. 848-854.
- SEPULVEDA, Magdalena et al. 2004. **Human Rights Reference Handbook**. 3th ed. Colon, Costa Rica: University for Peace.
- SHEA, Michael P. 1992. Expanding Judicial Scrutiny of human rights in extradition cases after Soering. **Yale Journal of Internal Law**, year 17, n. 1, p. 85-138.
- SOUTH AFRICA. 1996. **Constitution of South Africa**, Laws of South Africa.
- _____. 2002. **Act 27 of 2002**, Rome Statute of the International Criminal Court Act.
- _____. 2004. **Act 12 of 2004**, Prevention and Combating of Corrupt Activities Act.
- SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY (SADC). 2006. **Protocol on Extradition**. Disponível em: <http://www.sadc.int/files/3513/5292/8371/Protocol_on_Extradition.pdf>. Último acesso em: Maio 2013.
- TSHOSA, Onkemetse. 2001. National Law and International Human Rights law, Cases of Botswana Namibia and Zimbabwe. Aldershot, England; Burlington, Vermont: Ashgate Publishing.
- VAN DEN WYNGAERT, Christine. 1990. Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandoras Box? **International and Comparative Law Quarterly** 757.
- YAZAMI, Driss El. 2008. Death penalty, and freedom and dignity of human being'. In: SEMINAR ON THE DEATH PENALTY, October 11-12. Disponível em: <<http://www.ccdh.org.ma/spip.php?article936>>. Último acesso em: Maio 2013.

Jurisprudência

- AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS. 2003. **Interights et al. (on behalf of Mariette Sonjaleen Bosch) v. Botswana**, Communication No. 240 of 2001.

- BOTSWANA. 1990. High Court. **State v. Kobedi**, BLR 1990 HC 458.
- _____. 1992. Court of Appeal. **Attorney General v. Dow**, BLR 1992 CA 119.
- _____. 1995. Court of Appeal. **Molale v. The State**, BLR 1995 CA 146.
- _____. 2004. Industrial Court. **Lemo v. Northern Air Maintenance (Pty) Ltd**, BLR 2004 IC 317.
- _____. 2007. Court of Appeal. **Ntesang v. The State**, BLR 2007 v.1 CA 387.
- CANADA. 2001. Court of Appeal. **Canada (Minister of Justice) v. Burns & Another**, SCC 7, 2001 LRC 19.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. 1989. **Soering v. United Kingdom**, Eur. Ct H.R. 1989 ser. A 161.
- _____. 2003. **Öcalan v. Turkey**, Eur. Ct. H.R. Appeal Case No. 46221/99), 2003.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE. 1993a. **Kindler v. Canada**, Communication No. 470/1991, U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993).
- _____. 1993b. **Ng v. Canada**, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994).
- _____. 2003. **Judge v. Canada**, Merits, Communication No 829/1998, UN Doc. CCPR/C/78/D/829/1998.
- ITALY. 1996. Constitutional Court. **Venezia v. Ministero di Grazia & Giustizia**, Corte coste, 27 June 1996, **Rivista di Diritto Internazionale**, v. 79, n. 223, p. 815.
- NORWAY. 1946. Supreme Court of Norway. **Prosecutor v. Klinge**, 13 Ann Dig 262
- SOUTH AFRICA. 1948. Appellate Division. **Rex v. Fundakubi**, SA 1948 v.3 AD 810.
- _____. 1995. Constitutional Court. **State v. Makwanyane**, SA 1995 v.3 CC 391.
- _____. 2001. Constitutional Court. **Mohamed and Another v. President of the RSA and Others**, SA 2001 v.3 CC 893.
- _____. 2011. Free State High Court. **Aberto Makwakwa & Others v. The State**, 2011 ZAFSHC 27 Appeal no. A294/10.
- _____. 2012. Constitutional Court. **Minister of Home Affairs & Others v. Emmanuel Tsebe & Others**, SA 2012 CCT 110/11 ZACC 16.
- UNITED KINGDOM. 1979. Privy Council. **Abbot v. Attorney General of Trinidad and Tobago**, W.L.R PC 1342.
- UNITED STATES. 1895. Supreme Court. **Hilton v. Guyot**, US 1895 SC 133.
- _____. 1980. District Court for the Easter District of New York. **Filartiga v. Pena-Irala**, 630 F.2d 876, 1980, 880.
- ZIMBABWE. 1993. Supreme Court. Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe, SA 1993 v.4 SALR 239.
- _____. 1980. District Court for the Easter District of New York. **Filartiga v. Pena-Irala**, 630 F.2d 876, 1980, 880.

NOTAS

1. Na África do Sul, a pena de morte foi abolida pela Corte Constitucional no caso influente e bem conhecido *The State v. Makwanyane* (SOUTH AFRICA, 1995, 3 SA 391 (CC)). Ao declarar a pena de morte inconstitucional, Chaskalson P ressaltou no parágrafo 144 de seu voto que, por seu compromisso com o ethos de direitos humanos, a sociedade da África do Sul deveria priorizar particularmente os direitos à vida e dignidade, bem como “isso deve ser demonstrado pelo Estado em tudo que ele faz” (SOUTH AFRICA, 1995, 451C-D).
2. Um estado retencionista é um estado que reteve pena de morte como uma sentença competente para um crime tipificado em lei.
3. Circunstâncias atenuantes são um termo amorfo, cujo conceito inclui um leque amplo de fatores. Em *Rex v. Fundakubi* (SOUTH AFRICA, 1948, p. 818), a corte notou que “nenhum fator, mesmo remoto ou apenas fraco ou indiretamente ligado à prática do crime, que pese sobre a culpabilidade moral do acusado em cometer o crime, pode ser desconsiderado”. Entre estes fatores, provocação, intoxicação, juventude, feitiçaria, etc. foram aceitos por tribunais como circunstâncias atenuantes.
4. Este instrumento foi assinado em Genebra, em 27 de julho de 1929.
5. No entanto, deveria ser ressaltado que, posteriormente, em 1979, a pena de morte foi abolida na Noruega para todos os crimes.
6. Nesta linha, o artigo 6(2) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) é ilustrativo. Ele afirma que os países em que a pena de morte não tenha sido abolida devem executá-la apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente, que não esteja em conflito com as disposições do PIDCP e apenas em decorrência de uma sentença proferida por tribunal competente. O Segundo Protocolo Opcional ao Pacto (1991) prevê que a abolição da pena de morte contribui para a promoção da dignidade humana e para o desenvolvimento progressivo dos direitos humanos.
7. Artigo 2(1) prevê explicitamente a pena de morte.
8. São eles: Angola, Ilha Maurício, Moçambique, Namíbia, Seychelles e África do Sul.
9. Eles incluem: Malawi, Suazilândia e Zâmbia. A última execução no Malawi foi em 1992, Suazilândia em 1983 e Zâmbia em 1999.
10. São eles: Espanha, Países Baixos, Brasil, Reino Unido, Itália, Canadá, Austrália, Santa Sé, Irlanda e Dinamarca.
11. Sr. Tsebe faleceu antes do desfecho do seu caso.
12. Esta é a agência de inteligência criminal da União Europeia. Esta agência se tornou plenamente operacional em 1 de julho de 1999.
13. Esta é a organização que facilita a cooperação policial internacional. Esta organização foi estabelecida como Comissão Internacional da Política Criminal (ICPC, sigla original) em 1923 e adotou seu endereço telegráfico como seu nome em 1956.
14. Ver também a seção 203 do Código Penal (acima) de Botswana (1964) o qual gera essencialmente o mesmo efeito.
15. A constitucionalidade da prisão de morte em Botswana tem sido declarada em uma longa série de casos tais como: *Molale v. The State* (BOTSWANA, 1995); *Ntesang v. The State* (BOTSWANA, 2007) etc.
16. Dispositivos da Convenção contra a Tortura proíbem tortura por completo em todas as suas formas.
17. No entanto, a opinião é dividida nesta questão. Em sentido contrário à opinião expressa acima, ver *Abbot v. Attorney General of Trinidad and Tobago* (UNITED KINGDOM, 1979) onde o tribunal declarou que a passagem de tempo antes da execução nunca poderá ser invocada como fundamento para sustentar que um condenado esteja sendo submetido, no corredor da morte, a tratamento cruel, desumano ou degradante.
18. O fenômeno do corredor da morte refere-se ao “tratamento desumano decorrente de condições especiais no corredor da morte e, com frequência, do longo tempo de espera antes de ser executado, ou quando a execução é realizada como forma de causar sofrimento desnecessário.” Ver SCHABAS, 1993, p. 127.

ABSTRACT

The procedure of extradition has not escaped restraints placed by human rights law on states in their dealings with the liberties of individuals. This is because human rights notions are considered to be part of the public order of the international community and as such enjoy a superior relational position to treaty obligations. One of the principal norms that have been adopted in extradition treaties concerns the death penalty. This paper discusses this norm within the context of South Africa, an abolitionist State, and Botswana, a retentionist one. Extraditions where the death penalty is involved have caused a diplomatic controversy between the two countries, with South Africa insisting that Botswana must furnish it with satisfactory assurance that the death penalty will not be imposed on the extraditee, or that if imposed, it will not be carried out. Botswana is on record declining to give such assurances. Thus, an impasse has developed between the two countries in this regard. This article offers reflections on the extradition regime between the two countries with specific reference to the death penalty in the light of the present stand-off. It argues that the position adopted by South Africa in insisting upon assurances is in line with international best standards and practice and that Botswana must acquiesce to this demand.

KEYWORDS

Death penalty – Right to life – Extradition – Botswana – South Africa

RESUMEN

El proceso de extradición no ha escapado a las restricciones impuestas por la legislación de derechos humanos a los Estados en sus relaciones con las libertades de los individuos. Eso se debe a que las nociones de derechos humanos se consideran parte del orden público de la comunidad internacional y, como tales, gozan de una posición superior respecto a las obligaciones de los tratados. Una de las principales normas adoptadas en los tratados de extradición se refiere a la pena de muerte. En este trabajo se analiza esa norma en el contexto de Sudáfrica, un Estado abolicionista, y Botsuana, que es retencionista. Las extradiciones en que está implicada la pena de muerte han provocado disputas diplomáticas entre ambos países: Sudáfrica insiste en que Botsuana debe proporcionar garantías suficientes de que no se impondrá la pena de muerte al extraditado o de que si se impone no será aplicada; Botsuana afirma no poder dar esas garantías, con lo que se ha creado un callejón sin salida. Este artículo brinda una reflexión sobre el régimen de extradición entre ambos países, con una referencia especial a la pena de muerte a la luz del actual punto muerto. Se argumenta que la posición de Sudáfrica al insistir en las garantías está en línea con las mejores normas y prácticas internacionales y que Botsuana debe transigir respecto a esa demanda.

PALABRAS CLAVE

Pena de muerte – Derecho a la vida – Extradición – Botsuana – Sudáfrica



ANTONIO MOREIRA MAUÉS

Antonio Moreira Maués é professor associado da Universidade Federal do Pará. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1998) e Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1992).

Email: ammaues@uol.com.br

RESUMO

Em dezembro de 2008, ao julgar várias ações que envolviam a prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, passando a adotar a tese da supralegalidade. Este artigo analisa os possíveis impactos que a mudança pode trazer para a interpretação constitucional desenvolvida no Brasil, examinando como o STF tem aplicado a tese da supralegalidade e de que modo o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos influencia, em outros países, seu uso na interpretação da Constituição. O trabalho conclui que a supralegalidade permite construir argumentos que favoreçam a utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetro de interpretação constitucional no direito brasileiro.

Original em português.

Recebido em agosto de 2012. Aprovado em abril de 2013.

PALAVRAS-CHAVE

Tratados internacionais de direitos humanos – Supralegalidade – Supremo Tribunal Federal.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.revistasur.org>.

SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antonio Moreira Maués*

1 Introdução

Em dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento de uma série de casos¹ que modificaram significativamente sua compreensão do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Embora o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição de 1988² tivesse inovado ao prever a incorporação dos direitos reconhecidos em tratados internacionais, o STF mantivera a jurisprudência firmada sob o regime da Constituição de 1969, segundo a qual os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. A adoção desse entendimento pelo STF não esteve imune a críticas, uma vez que vários autores, interpretando o referido dispositivo constitucional, defendiam que os tratados de direitos humanos tivessem caráter constitucional (CANÇADO TRINDADE, 1996; PIOVESAN, 1997) ou mesmo supraconstitucional (MELLO, 1999).

Os casos que levaram à nova orientação do STF diziam respeito à prisão civil do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII da Constituição de 1988,³ que contrastava com o artigo 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), segundo o qual a prisão por dívidas somente pode ser decretada em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.⁴ Durante vários anos, o STF considerou que a norma constitucional não havia sido afetada pela ratificação da CADH, em 1992, pelo Brasil, o que mantinha a validade das normas infraconstitucionais que regulavam essa modalidade de prisão. Atualmente, o

*Agradeço a CAPES pelo apoio para a realização de Estágio Sênior junto à Universidade de Essex, durante o qual foi realizada parte da pesquisa ora apresentada. Esse período de estudos não teria sido possível sem o incentivo do Prof. Kevin Boyle, a cuja memória dedico este trabalho.

STF considera que a prisão civil do depositário infiel é *ilícita*, tendo editado uma súmula vinculante sobre o tema.⁵

A ementa da decisão paradigmática do STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343, tomada por unanimidade, nos ajuda a compreender as razões da mudança:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, Inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Como se nota, para que o STF decidisse afastar a possibilidade de prisão do depositário infiel foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da CADH. No exame dos votos dos Ministros, podemos identificar duas teorias que fundamentam essa nova interpretação: para a maioria, os tratados de direitos humanos passam a ter *status* normativo supralegal, permanecendo em nível hierárquico inferior à Constituição, porém, superior às demais leis; para a minoria, deve ser reconhecida a posição hierárquica constitucional desses tratados, passando eles a compor, juntamente com o texto constitucional, o bloco de constitucionalidade.⁶

O fato de que a decisão sobre a prisão do depositário infiel tenha sido tomada por unanimidade não diminui o interesse em analisar seus fundamentos, uma vez que ela constitui um precedente que deve reger decisões futuras sobre a aplicação dos tratados de direitos humanos.⁷ Por essa razão, o novo entendimento tem chamado a atenção da doutrina, que aponta a necessidade de que o STF desenvolva um *diálogo* com outros tribunais, especialmente a Corte Interamericana (RAMOS, 2009; SILVA, 2010) ou exerça o controle de convencionalidade das leis (CAMPOS; BASTOS JUNIOR, 2011; MAZZUOLI, 2011). Neste trabalho, pretendemos analisar as mudanças que a supralegalidade pode trazer ao campo da interpretação da própria Constituição, buscando explorar como essa tese pode ser aplicada de modo mais coerente com a proteção dos direitos humanos no Brasil. Com esse objetivo, o trabalho divide-se em três partes. Na primeira seção, apresentaremos uma análise da decisão do STF no caso da prisão do depositário infiel, a fim de compreender o significado da categoria da supralegalidade, seguida de uma pesquisa exploratória que visa identificar de que modo a adoção dessa tese vem influenciando a jurisprudência do Tribunal. Na seção seguinte, examinaremos, com base no estudo de outros ordenamentos, de que maneira o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos condiciona seu uso na interpretação da Constituição. Na última seção, apresentaremos argumentos em favor da utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional no direito brasileiro.

2 O significado da supralegalidade

Antes de 1988, o STF havia firmado o entendimento, no julgamento do RE nº 80.004 (J. 01/06/1977) de que os tratados internacionais incorporam-se ao direito interno no mesmo nível das leis, podendo ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica. A necessidade de uma construção pretoriana sobre a questão também se deve ao silêncio da Constituição sobre a recepção dos tratados internacionais e seus efeitos no direito interno, uma vez que as normas constitucionais sobre o assunto se limitam a tratar do processo de celebração e aprovação de tratados (DALLARI, 2003, p. 46).

O fato de que os julgados do STF sobre a matéria não diziam respeito aos direitos humanos e a inédita menção aos tratados feita pelo artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição de 1988, criou a expectativa de que a ratificação desses instrumentos internacionais pelo Brasil provocasse uma mudança no entendimento do STF. Tal não ocorreu: no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.347 (J. 05/10/1995), o STF recusou a utilização dos tratados internacionais como parâmetro de controle de constitucionalidade, negando que as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) pudessem fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de Portaria do Ministério do Trabalho, e na ADIn nº 1.480 (J. 04/09/1997), o Tribunal reafirmou que não apenas os tratados internacionais estão subordinados à Constituição, como também se situam no mesmo plano de validade, eficácia e autoridade das leis ordinárias (GALINDO, 2002, p. 215-217; MAUÉS, 2008, p. 297-298).

O caso do depositário infiel colocava, contudo, um problema diferente. Ratificada pelo Brasil em 1992, a CADH era *lex posterior* em relação aos dispositivos legais que regulavam essa modalidade de prisão civil. Apesar disso, o STF consolidou o entendimento de que, além de não poder contrapor-se ao permissivo constitucional, a CADH, por ser norma infraconstitucional geral, deveria ser afastada em favor das normas constitucionais especiais sobre prisão civil.⁸

Essa jurisprudência explica, em parte, o pequeno impacto no direito interno da ratificação pelo Brasil dos tratados de direitos humanos, muito pouco utilizados pelo poder judiciário nacional. Colocados no mesmo nível das leis ordinárias e sujeitos à cláusula da especialidade, os tratados internacionais de direitos humanos não pareciam oferecer uma boa base para argumentar em juízo.⁹

O tempo que permeia entre essas decisões e aquelas tomadas em dezembro de 2008 foi marcado por algumas mudanças que levaram o STF a reavaliar sua jurisprudência.¹⁰ Destaca-se a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos: a previsão de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos com status de emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo quórum exigido para essas;¹¹ a constitucionalização da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional;¹² e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação dos direitos humanos.¹³ Embora tratem de temas distintos, as inovações da EC nº 45 tinham em comum a valorização constitucional do direito internacional dos direitos humanos, por meio da expressa possibilidade de

atribuição de nível constitucional aos tratados sobre a matéria, da sujeição do país à jurisdição penal internacional e da criação de novos instrumentos para cumprir com as obrigações do Estado brasileiro no que se refere à proteção dos direitos humanos.

O sentido dessas mudanças também foi reconhecido pelo STF. Assim, o ministro Gilmar Mendes afirma, em seu voto no RE nº 466.343, que a inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico” (BRASIL. 2008b, p. 1.144), o que indicava a insuficiência da tese da legalidade ordinária desses tratados e a defasagem da jurisprudência do STF. Em sentido concorrente, o ministro Celso de Mello destacava que a EC nº 45

introduziu um dado juridicamente relevante, apto a viabilizar a reelaboração, por esta Suprema Corte, de sua visão em torno da posição jurídica que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos assumem no plano do ordenamento positivo doméstico do Brasil.

(BRASIL. 2008b, p. 1.262).

O ponto comum, compartilhado sem exceção por todos os Ministros, de que o STF deveria reconhecer uma posição privilegiada às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, não elidia uma polêmica sobre seu nível hierárquico. Superada a tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, e sem que nenhum membro do STF defendesse a tese da supraconstitucionalidade, duas orientações disputaram o entendimento do STF.

Para a minoria, representada pelo voto do ministro Celso de Mello, os tratados de direitos humanos teriam caráter “materialmente constitucional”, mesmo que houvessem sido aprovados antes da EC nº 45, compondo o “bloco de constitucionalidade”. Assim, o novel parágrafo 3º do artigo 5º, ao atribuir formalmente hierarquia constitucional aos tratados aprovados com base nele, não teria vindo retirar a hierarquia constitucional material dos tratados ratificados anteriormente, reconhecida com base no dever do Estado de:

Respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

(BRASIL. 2008b, p. 1.217-1.218)

Dessa forma, o parágrafo 3º teria vindo reforçar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, uma vez que não seria razoável colocar em níveis hierárquicos distintos tratados que dispõem sobre a mesma matéria.

A posição adotada pela maioria do STF, no entanto, foi a tese da supralegalidade. Dentre as razões apresentadas em favor dessa decisão, podemos destacar:

- a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento

jurídico, consubstanciada na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais;¹⁴

- b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão “direitos humanos”, que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;
- c) o entendimento que a inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais.

Apesar disso, a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitiam mais a manutenção da tese da legalidade, servindo a suprallegalidade como uma solução que viria compatibilizar a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

O fato de que, apesar dos fundamentos distintos, todos os ministros do STF convergiram sobre a ilicitude da prisão do depositário infiel demonstra que, em muitos casos, a opção pela tese da constitucionalidade ou da suprallegalidade não levará a decisões diferentes. Contudo, uma consequência da tese da suprallegalidade é negar que os tratados de direitos humanos possam servir de parâmetro de controle de constitucionalidade, ou seja, eles não integram o conjunto de disposições com base nas quais se analisa a constitucionalidade das leis e outros atos normativos (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 39-41). Ao contrário, a adoção da tese da constitucionalidade permitiria acionar os mecanismos de controle de constitucionalidade para fiscalizar a validade das leis não apenas perante a Constituição, mas também em relação aos tratados de direitos humanos.

Apesar dessa diferença, um exame mais cuidadoso dos fundamentos da decisão do STF demonstra que existe muita proximidade entre as duas teses. Ao decidir os casos que envolviam a prisão do depositário infiel, o STF não apenas interpretou a legislação infraconstitucional de maneira a compatibilizá-la com a CADH, mas interpretou a própria Constituição com base nesse tratado. Em decorrência da adoção da tese da suprallegalidade, a disposição constitucional que prevê a prisão do depositário infiel teve sua força normativa esvaziada: uma vez que essa figura está sujeita à regulamentação legal para ter plena eficácia, o que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional seja aplicada, salvo a hipótese, quase cerebrina, de que fosse aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam desse instituto, hoje constantes na legislação civil e processual civil. Mesmo nesse último caso, tal emenda constitucional estaria sujeita à revisão com base no princípio da proibição do retrocesso. Tendo em vista que o legislador não pode regulamentar

o instituto da prisão civil sem desrespeitar a CADH, que é hierarquicamente superior às leis, essa regulamentação tornou-se juridicamente impossível, tal como exemplifica a própria Súmula Vinculante nº 25.¹⁵

Essa retirada de competência do legislador ordinário implica que o STF modificou a interpretação do dispositivo constitucional, restringindo o alcance da exceção nele prevista. A disposição que trata da prisão do depositário infiel deixou de ser interpretada como uma norma que obrigava o legislador a regulamentar o instituto e nem mesmo passou a ser interpretada como uma norma que lhe facultava essa competência, uma vez que o legislador não poderá exercê-la enquanto estiver em vigor no Brasil a CADH. Assim, podemos dizer que o STF reinterpreto a Constituição e estabeleceu uma norma que veda ao legislador ordinário regulamentar o instituto. Por essas razões, vemos que a expressão usada na ementa acima citada é fiel: não apenas a legislação ordinária, mas a própria Constituição foi interpretada *à luz* da CADH.

A análise da decisão do caso do depositário infiel evidencia que, apesar das diferenças entre a tese da constitucionalidade e a da supralegalidade, ambas as hipóteses abrem a possibilidade de que a Constituição – e não apenas as leis infraconstitucionais – seja interpretada de maneira compatível com os tratados internacionais de direitos humanos. Seria essa decisão um caso isolado? O exame da jurisprudência do Tribunal mostra que, mesmo antes de 2008, já começava a se manifestar uma nova orientação que conferia maior força normativa aos tratados internacionais de direitos humanos. A partir da adoção da tese da supralegalidade, verificamos que esses precedentes se consolidam e novos precedentes são estabelecidos, utilizando os tratados de direitos humanos, especialmente a CADH, para interpretar a Constituição, tal como veremos nos casos abaixo:

- a) segundo o artigo 7.2 da CADH: “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Esse dispositivo tem sido utilizado pelo STF na interpretação do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII) em casos que envolvem o direito do condenado a recorrer em liberdade. No HC nº 99.891 (J. 15/09/2009), o STF concedeu a ordem contra decisão do STJ que havia mantido a execução da pena após atendido o duplo grau de jurisdição. Ratificando que o Tribunal não reconhece a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, tendo em vista a presunção de inocência, o alcance desta é estabelecido nos contornos da CADH, para reconhecer que ela não assegura ao condenado o direito de sempre recorrer em liberdade, uma vez que cabe a cada sistema jurídico estabelecer, por lei, os casos de prisão cautelar. No direito brasileiro, isso implica o reconhecimento da excepcionalidade da prisão cautelar, que deve atender aos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e às razões justificadoras de sua absoluta necessidade;¹⁶
- b) a Emenda Constitucional nº 45 incluiu o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) entre as garantias fundamentais, direito também reconhecido, de modo mais específico, nos artigos 7.5 e 7.6 da CADH:

Artigo 7 (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais (...).

Antes mesmo da adoção da tese da suprallegalidade, o STF passara a utilizar esses dispositivos da CADH em conjunto com a previsão constitucional da razoável duração do processo para decidir em favor do relaxamento de prisão cautelar por excesso de prazo. No HC nº 85.237 (J. 17/03/2005), citado como precedente em várias outras decisões, o ministro Celso de Mello já havia afirmado a importância da CADH como parâmetro para resolver a “tensão” entre a pretensão punitiva do poder público e a aspiração à liberdade, o que se manteve em decisões posteriores;¹⁷

c) no âmbito das garantias judiciais, a CADH reconhece vários direitos:

Artigo 8.2.b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada, Artigo 8.2.d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor, Artigo 8.2.f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos, Artigo 8.2.h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Tais dispositivos têm sido utilizados pelo STF para interpretar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), reconhecendo, dentre os meios a ela inerentes, que é inepta a denúncia que não obedece aos padrões previstos na CADH;¹⁸ que o acusado possui o direito de, embora preso, comparecer, assistir e presenciar os atos processuais;¹⁹ que a ausência de citação pessoal do réu pode acarretar a nulidade do processo, pois impossibilita de exercer o direito à autodefesa e o direito de escolher livremente o defensor, previstos na CADH;²⁰ e que não foi recepcionado pela Constituição o artigo 594 do Código de Processo Penal, que estabelecia o recolhimento do réu à prisão como condição do recurso de apelação, entre outras razões por não respeitar o princípio do duplo grau de jurisdição, previsto na CADH;²¹

d) a CADH contém duas importantes disposições sobre a liberdade de expressão:

Artigo 13.1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a

responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

No julgamento do RE nº 511.961 (J. 17/06/2009), o STF decidiu que não fora recepcionada pela Constituição de 1988 a exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista, prevista no artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972/1969. Nos fundamentos da decisão, o Tribunal faz um amplo uso da CADH, inclusive recorrendo à Opinião Consultiva nº 5 da Corte Interamericana e a decisões da Comissão Interamericana, ressaltando que a interpretação do Tribunal ajustava-se à do sistema interamericano. Assim, o STF interpreta as normas constitucionais referentes à liberdade de expressão e à liberdade de exercício profissional no mesmo sentido, considerando o exercício do jornalismo como manifestação da liberdade de expressão.

Esse conjunto de decisões demonstra que a jurisprudência do STF começa a utilizar de maneira mais constante os tratados de direitos humanos para interpretar não apenas a legislação infraconstitucional, mas a própria Constituição. Verifica-se, portanto, que a adoção da tese da supralegalidade permite ir além da necessidade de examinar a compatibilidade das leis com os tratados internacionais. A fim de compreender de que maneira o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos influencia a interpretação da Constituição, vale a pena recorrer à experiência de outros países.

3 Experiências comparadas

Na seção anterior, vimos que o debate realizado nos últimos anos pelo STF teve como eixo a definição do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Embora a adoção da tese da supralegalidade tenha acarretado mudanças na jurisprudência do STF que não seriam possíveis com a manutenção da tese da legalidade, verificamos que várias decisões do Tribunal se aproximam da tese da constitucionalidade no que se refere à interpretação dos dispositivos constitucionais em conjunto com os tratados de direitos humanos, buscando sua compatibilização. Isso nos leva a pensar que o nível hierárquico desses tratados não é a única variável que ajuda a entender seu impacto no direito interno, tal como podemos observar na experiência de outros países.

No âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), um estudo realizado em 18 países (KELLER; STONE SWEET, 2008) demonstra que todos eles passaram por mudanças estruturais em seus sistemas constitucionais como resultado da recepção da CEDH. Dentre as mais significativas, encontram-se a possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade das leis com base na CEDH; o desenvolvimento de um sistema monista, no que se refere à Convenção, em países tradicionalmente dualistas; e a modificação das visões tradicionais de separação de poderes no que se refere ao papel do judiciário.

Embora essas mudanças resultem de múltiplos fatores, um dos elementos centrais do processo foi a incorporação da CEDH ao direito interno, que tem

como efeito a vinculação dos poderes públicos e a possibilidade de que os juízes passem a aplicar diretamente a Convenção. No que se refere ao nível hierárquico, o estudo indica a importância de que seja reconhecido à CEDH ao menos o *status* supralegal, a fim de que ela possa estar protegida de leis ordinárias posteriores. Porém, a extensão do uso da CEDH pelos tribunais nacionais não depende apenas de seu nível hierárquico, mas também da maneira em que os tribunais utilizam a Convenção para interpretar a Constituição, tal como demonstra a experiência de três países que não reconhecem nível constitucional aos tratados de direitos humanos.

Na Espanha, a Constituição de 1978 estabelece que todos os tratados internacionais encontram-se a ela subordinados, conferindo ao Tribunal Constitucional competência para exercer tanto o controle prévio quanto sucessivo de sua constitucionalidade (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2004). Ao mesmo tempo, a Constituição define, em seu artigo 96.1, que os tratados que se incorporam ao direito interno somente poderão ser modificados de acordo com suas próprias normas ou com as normas gerais do direito internacional, o que lhes protege de qualquer alteração ou revogação que poderia advir da legislação ordinária.

Tão importante quanto essas disposições para entender o papel dos tratados de direitos humanos no ordenamento espanhol é o artigo 10.2, segundo o qual:

*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*²²

Na aplicação dessa regra, o Tribunal Constitucional Espanhol (TCE) desenvolveu uma jurisprudência que obriga todos os poderes públicos a interpretarem os direitos constitucionais de acordo com os tratados de direitos humanos. Dessa forma, o TCE passou a concretizar o conteúdo dos direitos declarados na Constituição com base nos tratados internacionais, reconhecendo como fundamentais determinadas faculdades nela não explicitadas, tarefa na qual também é utilizada a jurisprudência produzida pelos organismos internacionais. Assim, embora os tratados de direitos humanos não possuam o status de normas constitucionais no ordenamento espanhol, o que significa que eles não podem servir de cânone autônomo da validade das normas, eles se tornam parâmetros interpretativos da própria Constituição (QUERALT JIMÉNEZ, 2008; SAIZ ARNAIZ, 2011).

Mesmo na ausência de uma disposição constitucional semelhante à espanhola, a Alemanha também exemplifica o uso de tratados internacionais na interpretação da Constituição. Nesse país, de tradição dualista, exige-se um ato específico do Parlamento para que os tratados internacionais vigorem internamente, o que faz com que os tratados de direitos humanos sejam incorporados como lei federal ordinária. Isso significa que eles não possuem proteção contra lei federal posterior, que, estando situada no mesmo nível hierárquico, implicaria a revogação de seus dispositivos pelo princípio de que lei posterior revoga a anterior (ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 117-118; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 165).

A fim de evitar os problemas que poderiam decorrer da revogação de tratados

internacionais por leis ordinárias posteriores, o Tribunal Constitucional Federal (TCF) adotou, a partir de 1987, o entendimento de que, embora os tratados não possuam nível constitucional, a interpretação da Constituição deve levar em consideração seu conteúdo e desenvolvimento, uma vez que existe uma obrigação de interpretar as normas infraconstitucionais em harmonia com os compromissos assumidos pela Alemanha perante o direito internacional. No que se refere especificamente aos direitos fundamentais, o Tribunal estabeleceu ainda que a jurisprudência produzida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) também deve servir como auxílio interpretativo na definição do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e do princípio do Estado de Direito (ABDELGAWAD; WEBER, 2008, p. 119-120; HOFFMEISTER, 2006, p. 728).

Posteriormente, com a decisão do caso *Görgülü*, em 2004, o TCF deu mais um passo para reforçar a importância dos tratados de direitos humanos na ordem interna. Além de manter o entendimento anterior sobre a necessidade de interpretar a Constituição de maneira harmônica com os tratados internacionais, o TCF passou a admitir que os tribunais nacionais tenham o dever de cumprir os julgamentos do TEDH e levar em consideração a CEDH ao interpretarem a Constituição. O descumprimento desse dever enseja o ajuizamento de uma queixa constitucional ao próprio TCF por violação de direitos fundamentais. Esse entendimento, contudo, não altera a supremacia da Constituição, uma vez que as disposições dos tratados internacionais não podem contrariar os princípios constitucionais fundamentais (HOFFMEISTER, 2006, p. 725-730; MÜLLER; RICHTER, 2008, p. 166-168).

Por fim, o caso do Reino Unido merece atenção pela sua singularidade. Embora tenha sido um dos primeiros Estados a ratificar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Reino Unido não a havia incorporado ao direito interno, o que ocorreu somente com a aprovação do Human Rights Act (HRA), em 1998, e sua entrada em vigor em 2000. Essa mudança decorria do crescente número de condenações do Estado britânico pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que tornou necessário criar meios que aprimorassem a proteção dos direitos humanos no âmbito doméstico. O HRA incorpora à ordem interna os direitos da Convenção Europeia nele mencionados e estabelece como dever das autoridades públicas sua observância, possibilitando que os cidadãos defendam esses direitos junto aos tribunais nacionais (BESSON, 2008, p. 36-42).

Formalmente, o HRA encontra-se no mesmo nível hierárquico das demais leis, podendo, assim, ser modificado por atos posteriores do Parlamento. Porém, dois instrumentos nele previstos lhe conferem um *status* diferenciado na ordem jurídica: o primeiro deles (artigo 3) estabelece que os tribunais devem interpretar a legislação – tanto anterior quanto posterior ao HRA – de maneira compatível com os direitos reconhecidos pela CEDH, o que significa que, quando mais de uma interpretação da lei for possível, os juízes devem preferir aquela que estiver mais de acordo com a CEDH. O segundo instrumento (artigo 4) é acionado quando não for possível oferecer uma interpretação da lei conforme a Convenção: nesses casos uma declaração de incompatibilidade (*declaration of incompatibility*) deve ser proferida pelo tribunal, a qual não afeta a validade da lei, porém incentiva o Parlamento a revisar a lei e autoriza o Executivo a dar início a um processo

legislativo acelerado para modificá-la (BESSON, 2008, p. 51-52). O peso político das declarações de incompatibilidade pode ser aferido pelo fato de que todas aquelas que foram proferidas levaram a mudanças na legislação ou à abertura de um processo legislativo (REINO UNIDO. DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, 2006, p. 17; KLUG; STARMER, 2005, p. 721).

Como sabemos, o Reino Unido não possui uma Constituição escrita que estabeleça parâmetros de controle da validade das leis. Apesar disso, o HRA representou uma mudança notável no ordenamento jurídico britânico, pois os direitos previstos na CEDH passaram a ser utilizados pelo Poder Judiciário para interpretar a legislação, adequando seu conteúdo ao HRA ou incentivando sua revisão pelo Parlamento, o que leva alguns autores a classificarem-no como uma lei constitucional (*constitutional statute*) (CLAYTON, 2004, p. 33).

No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, especialmente no que se refere aos países latino-americanos, destacam-se as diversas vias pelas quais os tratados internacionais de direitos humanos têm sido incorporados ao direito interno. Segundo Brewer-Carías (2006), todas as hipóteses de níveis hierárquicos (supraconstitucionalidade, constitucionalidade, supralegalidade e legalidade) podem ser encontradas nos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Além disso, várias Constituições contêm cláusulas prevendo a incorporação dos direitos inerentes à pessoa humana, reconhecendo sua aplicabilidade direta e estabelecendo critérios de interpretação constitucional de acordo com os tratados internacionais.

Em relação ao último caso, o autor destaca que, mesmo na ausência de previsões constitucionais sobre a hierarquia dos tratados, esses podem vir a adquirir nível constitucional e serem aplicados diretamente em virtude de diferentes regras de interpretação constitucional, tais como aquelas que preveem que os direitos declarados na Constituição devem ser interpretados de acordo com os instrumentos internacionais; as que estabelecem uma orientação geral para a atuação dos órgãos do Estado com relação ao respeito e garantia dos direitos humanos; e as que estabelecem que os direitos humanos sejam interpretados com base no princípio da progressividade, segundo o qual não se admite interpretação que resulte em diminuição de seu gozo, exercício e proteção efetivos.

Nessa seara, o exemplo mais conhecido é o da Colômbia, cuja Constituição de 1991 contém uma disposição similar àquela citada da Constituição Espanhola (artigo 93):

*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*²³

Com base nessa disposição, o Tribunal Constitucional Colombiano construiu uma noção própria de “bloco de constitucionalidade”, que possui dois sentidos: no primeiro (*stricto sensu*), o bloco é formado pelos princípios e normas de valor

constitucional, isto é, o texto da Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos cuja limitação esteja proibida mesmo durante estados de exceção; no segundo (*lato sensu*), o bloco é formado por todas aquelas normas, de diferente hierarquia, que servem como parâmetro para controlar a constitucionalidade das leis, isto é, os demais tratados de direitos humanos, as leis orgânicas e algumas leis estatutárias. Apesar dessa distinção, o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal considera que todos os tratados internacionais de direitos humanos servem para interpretar os direitos constitucionais, o que inclui a incorporação da jurisprudência de tribunais internacionais, cabendo-lhe harmonizar os direitos reconhecidos na Constituição e nos tratados (UPRIMNY, 2001, p. 19-20).

O ponto comum dos casos apresentados acima é que o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos na ordem interna não é a única variável que condiciona sua utilização na interpretação da Constituição. Como vimos, mesmo em países que não reconhecem nível constitucional a esses tratados, busca-se interpretar as disposições constitucionais em harmonia com eles. Isso significa que o debate sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil deve ser complementado com a reflexão sobre sua função hermenêutica em nosso ordenamento.

4 Tratados internacionais de direitos humanos como parâmetro de interpretação constitucional

Além de se beneficiarem do princípio *pacta sunt servanda*,²⁴ que se encontra na base do direito internacional (artículo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados), os tratados de direitos humanos possuem características que tornam necessário ajustar o direito interno dos Estados Partes às normas internacionais. Ao contrário dos instrumentos que somente criam obrigações recíprocas entre os Estados, esses tratados têm como objetivo a proteção das pessoas, estabelecendo deveres do poder público em relação a seus jurisdicionados. Não se trata de casualidade, portanto, que o conteúdo dos tratados de direitos humanos frequentemente se sobreponha ao conteúdo das Constituições, uma vez que a garantia dos direitos da pessoa humana é uma área comum aos dois sistemas (BERNHARDT, 1993, p. 25-26; DRZEMCZEWSKI, 1997, p. 20-23; RAMOS, 2004, p. 36-40).

Assim, as obrigações assumidas pelo Estado ao ratificar um tratado de direitos humanos impõem examinar se o conjunto de atos praticados pelos poderes públicos, inclusive aqueles de caráter legislativo, respeitam as disposições do tratado. Muitas vezes, a questão central a ser julgada pelo tribunal internacional diz respeito à compatibilidade do direito interno com o tratado, como naquelas situações em que a aplicação de uma lei conduz, inevitavelmente, à violação das normas internacionais (BERNHARDT, 1993, p. 30-32), o que demanda sua revisão ou revogação a fim de cessar o descumprimento das obrigações pelo Estado. A consciência dessa repercussão explica a tendência, percebida tanto nos países que integram o sistema europeu de direitos humanos quanto nos do sistema interamericano, de incorporação desses tratados ao direito interno, e encontra-se consolidada no artigo 2 da CADH.²⁵ A incorporação das normas internacionais

permite, ademais, que os próprios tribunais nacionais contribuam para garantir o cumprimento das obrigações pelos Estados, quando se lhes reconhece competência para aplicá-las diretamente (KELLER; STONE SWEET, 2008, p. 683-688).

A frequência com que surgem problemas de compatibilidade do direito interno com o direito internacional também decorre do caráter aberto das disposições constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, que exigem a delimitação do âmbito e do conteúdo dos direitos garantidos. Tanto o Tribunal Europeu quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretam seus respectivos tratados como *instrumentos vivos*, que devem ser aplicados à luz das condições atuais (KILLANDER, 2010). Essa interpretação dinâmica implica que, constantemente, os tribunais internacionais esclarecem e desenvolvem os princípios e regras estabelecidos nos tratados, definindo as obrigações que correspondem aos Estados. À medida que evolui a aplicação do tratado no âmbito interno, tende a se tornar mais relevante a jurisprudência dos órgãos originalmente encarregados da sua proteção, fornecendo a base para um diálogo entre a jurisdição nacional e internacional sobre a compatibilização do direito interno e internacional (SLAUGHTER, 1994).

Nesse contexto, não é mais possível defender uma visão estritamente hierárquica da relação entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos (BOGDANDY, 2008; TORRES PÉREZ, 2009, cap. 3). O desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção cria uma dinâmica em que os órgãos nacionais não podem desconhecer o impacto das decisões tomadas pelos tribunais internacionais no âmbito do direito interno, sob pena de o Estado constantemente encontrar-se em situação de inadimplência perante a comunidade internacional. Como o dever de cumprir com as obrigações pelo Estado independe do nível hierárquico que é atribuído ao tratado, é necessária a adoção de critérios hermenêuticos que permitam harmonizar suas disposições com as disposições de direito interno, especialmente as de índole constitucional.²⁶

Partindo do pressuposto de que os direitos reconhecidos nos tratados devem ser garantidos pelo Estado aos seus jurisdicionados mesmo que suas disposições não tenham sido incorporadas no direito interno ou, caso isso tenha ocorrido, independentemente do nível que receberam na hierarquia interna, percebemos que o problema gira em torno de saber quais são os direitos que vinculam os poderes públicos, independentemente da origem internacional ou interna da norma. Tanto os *direitos fundamentais* reconhecidos em uma Constituição, quanto os *direitos humanos*, reconhecidos em um tratado internacional, possuem o mesmo propósito: limitar o uso do poder coercitivo do Estado (LETSAS, 2007, p. 33-35). As perguntas que devem ser feitas pelo juiz que aplica uma disposição constitucional ou internacional, portanto, são as mesmas: o Estado está autorizado a usar seu poder coercitivo nesta determinada situação? Sob esse ponto de vista, a resposta formulada pelo STF no caso da prisão civil do depositário infiel é exemplar: o uso da coerção nessa hipótese não está autorizada *à luz* da CADH.

Esse conjunto de elementos e o conhecimento da experiência de outros países nos leva a concluir que a diferença entre as teses da suprallegalidade e da constitucionalidade no direito brasileiro deve ser relativizada. Tal como vimos,

a supralegalidade exclui a possibilidade de que os tratados de direitos humanos possam ser utilizados como parâmetro de controle de constitucionalidade, o qual, para o STF, continua sendo formado exclusivamente pela Constituição de 1988. Portanto, o campo em que a diferença entre as teses da supralegalidade e da constitucionalidade pode ser acentuado é eminentemente processual: seja no âmbito do controle pela via incidental, seja no âmbito do controle pela via direta, os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser invocados como causa de pedir, a menos que tenham sido incorporados ao ordenamento jurídico como emenda constitucional, tal como previsto no artigo 5º, parágrafo 3º.

Contudo, a jurisprudência do STF indica que os tratados de direitos humanos são utilizados não apenas como parâmetro para interpretar as normas infraconstitucionais, mas também as normas constitucionais. Os institutos da prisão civil do depositário infiel, da presunção de inocência, da razoável duração do processo, do contraditório e da ampla defesa, e das liberdades de imprensa e exercício profissional, nos casos acima relatados, foram interpretados de maneira a torná-los compatíveis com a CADH, ensejando o reconhecimento de novos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Isso significa que o STF utiliza os tratados de direitos humanos como *parâmetros de interpretação constitucional*,²⁷ uma vez que eles fornecem critérios hermenêuticos para definir o conteúdo das normas constitucionais. Ao julgar a validade de atos do poder público perante a Constituição, o STF analisa os direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais para definir de que maneira as disposições constitucionais devem ser interpretadas.

A utilização dos tratados de direitos humanos como parâmetros de interpretação constitucional também oferece respostas aos possíveis problemas de compatibilização entre as disposições constitucionais e internacionais, pois permite que o STF harmonize esses conjuntos normativos com base naquela interpretação que ofereça a melhor proteção dos direitos humanos. Com isso, preserva-se, ademais, a integridade do sistema jurídico brasileiro, uma vez que o Estado deve atuar sempre de modo coerente com os princípios que justificam suas ações (DWORKIN, 1999). Assim, a ratificação de um tratado de direitos humanos pelo Brasil implica que novos princípios terão que ser levados em conta na interpretação constitucional, o que exigirá o reconhecimento de outros direitos e a extensão de direitos já reconhecidos, como previsto pela própria Constituição em seu artigo 5º, parágrafo 2º. Isso significa que, algumas vezes, o Judiciário terá que rever sua jurisprudência em busca de coerência com o conjunto de princípios que regem o direito brasileiro, afastando aqueles precedentes que se mostrem incompatíveis com uma interpretação mais atualizada dos direitos fundamentais.

5 Conclusão

A incorporação dos tratados de direitos humanos ao direito interno é um fator que contribui para que os Estados cumpram com suas obrigações nessa área. Neste trabalho, procuramos explorar de que maneira a adoção da tese da supralegalidade pode contribuir para o aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos pelo Estado brasileiro. A partir da análise da jurisprudência do STF, identificamos que a

suprlegalidade possibilita que os tratados de direitos humanos sejam utilizados não apenas para interpretar as disposições legais, mas também a própria Constituição. Em sequência, verificamos que a experiência de outros países indica que o nível hierárquico atribuído ao tratado não é determinante para essa utilização, tendo em vista a exigência de compatibilizar a Constituição com os tratados internacionais. Por fim, defendemos que os tratados de direitos humanos devem servir de parâmetro de interpretação constitucional no direito brasileiro, permitindo a harmonização das disposições constitucionais e internacionais.

Cabe observar, ainda, que o uso dos tratados internacionais não deve ficar restrito ao STF, devendo servir de pauta interpretativa para todos os órgãos judiciais. Além disso, os poderes públicos devem ampliar seu conhecimento do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do sistema interamericano (BERNARDES, 2011, p. 141-146), a fim de que sejam respeitados os compromissos assumidos pelo Brasil. No âmbito do processo legislativo, isso exige que seja feita a análise da compatibilidade dos projetos de lei com os tratados de direitos humanos e, no âmbito do Poder Executivo, que sejam anulados os atos administrativos que contrariem tais tratados. Explorada nesse sentido, a suprlegalidade pode oferecer muitos caminhos pelos quais transite o aprimoramento da proteção dos direitos humanos no Brasil.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert; WEBER, Anne. 2008. The reception process in France and Germany. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press. p. 107-164.
- BERNARDES, Marcia Nina. 2011. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **SUR**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 134-156, dez. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_07.htm>. Último acesso em: Maio 2013.
- BERNHARDT, Rudolf. The Convention and Domestic Law. 1993. In: MACDONALD, Ronald St. John.; MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (eds.). 1993. **The European System for the Protection of Human Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. p. 25-40.
- BESSON, Samantha. 2008. The reception process in Ireland and the United Kingdom. In: KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). 2008. **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press. p. 36-106.

- BOGDANDY, Armin von. 2008. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 6, No. 3, p. 397-413, jul./oct.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. 2006. La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, México. DE, n. 6, p. 29-78, jul./dic.
- CAMPOS, Thiago Yukio Guenka; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. 2011. Por uma delimitação conceitual do controle judicial de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: diálogos entre ordem interna e internacional. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito Editorial. p. 257-296.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. 1996. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José, Costa Rica; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos.
- CLAYTON, Richard. 2004. Judicial deference and “democratic dialogue”: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998. **Public Law**, London, p. 33-47, Spring.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. 1987. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. 2003. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew Z. 1997. **European Human Rights Convention in Domestic Law: a comparative study**. Oxford: Clarendon Press.
- DWORKIN, Ronald. 1999. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. 2002. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. 2004. **Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional**. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HOFFMEISTER, Frank. 2006. Germany: status of European Convention on Human Rights in Domestic Law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 4, No. 4, p. 722-731, Oct.
- KELLER, Helen; STONE SWEET, Alec (Eds.). 2008. **A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems**. Oxford: Oxford University Press.
- KILLANDER, Magnus. 2010. Interpretação dos tratados regionais de direitos humanos. **SUR**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 149-175, dez. Disponível em:

- <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/13/07.pdf>>. Último acesso em: Maio 2013.
- KLUG, Francesca; STARMER, Keir. 2005. Standing back from the Human Rights Act: how effective is it five years on? **Public Law**, London, p. 716-728, Winter.
- LETSAS, George. 2007. **A teory of interpretation of the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press.
- MARINONI, Luiz Guilherme. 2010. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MAUÉS, Antonio Moreira. 2008. Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **O direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina. p. 289-312.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. 2011. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. 1999. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 1-33.
- MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. 2008. Report on the Bundesverfassungsgericht's (Federal Constitutional Court) Jurisprudence in 2005/2006. **German Law Journal**, v. 9, No. 2, p. 161-193, Feb. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=897>>. Último acesso em: Maio 2013.
- PIOVESAN, Flavia. 1997. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. 2008. **La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RAMOS, André de Carvalho. 2004. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar.
- _____. 2009. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs.). 2009. **O STF e o direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Quartier Latin. p. 805-850.
- REINO UNIDO. 2006. Department for Constitutional Affairs. **Review of the Implementation of the Human Rights Act**. London: DCA.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. 2011. La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos. **Hendu**, v. 2, n. 1, p. 20-42. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/664/938>>. Último acesso em: Maio 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. 2010. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI,

- Mariela Morales (Coords.). 2010. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 515-530.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. 1994. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, p. 99-137.
- STRECK, Lenio Luiz. 2011. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva.
- TORRES PÉREZ, Aida. 2009. **Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication**. Oxford: Oxford University Press.
- UPRIMNY, Rodrigo. [2001]. El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponível em: <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72>. Último acesso em: Maio 2013.

Jurisprudência

- BRASIL. 1977. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 80.004**.
- _____. 1995a. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347**.
- _____. 1995b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 72.131**.
- _____. 1997. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480**.
- _____. 2000. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 79.785**.
- _____. 2005. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.237**.
- _____. 2006a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88.359**.
- _____. 2006b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.634**.
- _____. 2008a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 92.569**.
- _____. 2008b. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343**.
- _____. 2009a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 95.464**.
- _____. 2009b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 96.059**.
- _____. 2009c. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 83.810**.
- _____. 2009d. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 93.503**.
- _____. 2009e. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 511.961**.
- _____. 2009f. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99.891**.

- _____. 2009g. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.878.**
- _____. 2010a. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 99.914.**
- _____. 2010b. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.579.**
- _____. 2010c. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 102.368.**
- _____. 2010d. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 103.546.**

NOTAS

1. Cf., por todos, Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343 (J. 03/12/2008). Todos os acórdãos citados neste trabalho foram consultados na página do STF na internet: <<http://stf.jus.br>>. Visitado em: Maio 2013.

2. "Artigo 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

3. "Artigo 5º, LXVII. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

4. "Artigo 7.7. Ninguém será detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

5. Súmula Vinculante nº 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

6. Ao final dos debates realizados no decorrer do julgamento, o ministro Gilmar Mendes apresentou um "aditamento ao voto" consagrando, em nome da maioria, a tese da suprallegalidade.

7. A importância crescente dos precedentes judiciais no direito brasileiro tem sido destacada, ainda que de formas muito diversas, pela doutrina. Cf. Marinoni (2010) e Streck (2011).

8. Cf., por todos, o *Habeas Corpus* (HC) nº 72.131 (J. 23/11/1995).

9. Também contribuiu para esse quadro o fato de que, somente em 1998 o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julgou, até o presente, apenas cinco casos contra o Estado brasileiro: Ximenes Lopes, em julho de 2006; Nogueira de Carvalho, em novembro de 2006; Escher, em julho de 2009;

Garibaldi, em setembro de 2009; e Guerrilha do Araguaia, em novembro de 2010.

10. Anteriormente, em um caso julgado em 2000, a tese da suprallegalidade fazia sua primeira aparição no STF. No Recurso em *Habeas Corpus* nº 79.785 (J. 29/03/2000), o relator, ministro Sepúlveda Pertence admitiu que os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que posicionados abaixo da Constituição, deveriam ser dotados de "força supra-legal", de modo a dar aplicação direta às suas normas, até mesmo contra leis ordinárias, "sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes." Apesar disso, o julgamento concluiu negando ao duplo grau de jurisdição o caráter de uma garantia constitucional absoluta, limitando, portanto, a aplicabilidade do artigo 8.2.h da CADH, segundo o qual, "[t]oda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior".

11. "Artigo 5º, § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição."

12. "Artigo 5º, § 4º. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

13. "Artigo 109, § 5º: Nas hipóteses de grave violação a direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em

qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

14. Vale observar que a posição defendida pelo Min. Celso de Mello não exclui o princípio da supremacia constitucional, reconhecendo que haveria uma hierarquia interna no bloco de constitucionalidade, o que preservaria os direitos consagrados na Constituição de eventuais restrições a eles impostas por tratados internacionais.

15. Essa mudança na interpretação da Constituição fica ainda mais evidente quando se contrasta com os fundamentos apresentados pelo ministro Moreira Alves no julgamento do HC nº 72.131: “Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do Artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação constitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel (...)”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1995b, p. 8.686).

16. No mesmo sentido, HC nº 96.059 (J. 10/02/2009), HC nº 99.914 (J. 23/03/2010) e HC nº 102.368 (J. 29/06/2010).

17. No mesmo sentido, HC nº 95.464 (J. 03/02/2009), HC nº 98.878 (J. 27/10/2009), HC nº 98.579 (J. 23/03/2010) e RHC nº 103.546 (J. 07/12/2010).

18. HC nº 88.359 (J. 14/11/2006).

19. HC nº 86.634 (J. 18/12/2006) e HC nº 93.503 (J. 02/06/2009).

20. HC nº 92.569 (J. 11/03/2008).

21. RHC nº 83.810 (J. 05/03/2009)

22. Tradução livre: *As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece serão interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados pela Espanha.*

23. Tradução livre: *Os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e que proíbem a sua limitação nos estados de exceção, prevalecem na ordem interna. Os direitos e deveres consagrados nesta Carta, serão interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia.*

24. Em latim, “os pactos devem ser respeitados.” (Nota da editora).

25. “Artigo 2. *Dever de adotar disposições de direito interno.* Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no Artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

26. Observe-se que, mesmo a atribuição de nível constitucional aos tratados de direitos humanos não prescinde de critérios hermenêuticos para solucionar eventuais problemas de conflito entre as disposições constitucionais originárias e as disposições internacionais, tal como exemplifica o recurso a critérios como o da “norma mais favorável.”

27. A importância dessa categoria para compreender as relações entre Constituição e tratados internacionais é destacada por Gómez Fernández (2004, p. 359-361).

ABSTRACT

In December 2008, when ruling on a number of cases involving the civil imprisonment of unfaithful trustees, the Supreme Court modified its understanding of the hierarchy of international human rights treaties in Brazilian law, adopting the thesis of supra-legality. This article analyzes the potential impacts that this change can have on constitutional interpretation in Brazil, examining how the Supreme Court has applied the thesis of supra-legality and the extent to which the hierarchy of international human rights treaties has influenced, in other countries, their use in interpreting the Constitution. The article concludes that supra-legality allows for the construction of arguments in favor of using human rights treaties as a parameter of constitutional interpretation in Brazilian law.

KEYWORDS

International human rights treaties – Supra-legality – Supreme Court

RESUMEN

En diciembre de 2008, al juzgar varias causas en torno a la prisión civil del depositario infiel, el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) cambió su concepción sobre el nivel jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación brasileña, pasando a adoptar la tesis de la supralegalidad. Este artículo analiza las posibles repercusiones de ese cambio sobre la interpretación constitucional llevada a cabo en Brasil, examinando de qué manera el STF ha aplicado la teoría de supralegalidad y de qué forma el nivel jerárquico de los tratados de derechos humanos influye, en otros países, sobre su uso en la interpretación de la Constitución. Este trabajo concluye que la supralegalidad permite construir argumentos que favorezcan la utilización de los tratados de derechos humanos como parámetro de interpretación constitucional en el derecho brasileño.

PALABRAS CLAVE

Tratados internacionales de derechos humanos – Supralegalidad – Supremo Tribunal Federal

SUR 1, v. 1, n. 1, Jun. 2004

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda

FLAVIA PIOVESAN

Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA E

A. SCOTT DUPREE

Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos

JEREMY SARKIN

O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos dos direitos humanos

VINODH JAICHAND

Estratégias de litígio de interesse público para o avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos de direito

PAUL CHEVIGNY

A repressão nos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Apenas os Estados-membros podem fazer a ONU funcionar Cinco questões no campo dos direitos humanos

SUR 2, v. 2, n. 2, Jun. 2005

SALIL SHETTY

Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Oportunidades para os direitos humanos

FATEH AZZAM

Os direitos humanos na implementação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Direito à educação e educação para os direitos humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas

E.S. NWAUCHE E J.C. NWOBKE

Implementação do direito ao desenvolvimento

STEVEN FREELAND

Direitos humanos, meio ambiente e conflitos: Enfrentando os crimes ambientais

FIONA MACAULAY

Parcerias entre Estado e sociedade civil para promover a segurança do cidadão no Brasil

EDWIN REKOSH

Quem define o interesse público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: Instrumentos e aliados

SUR 3, v. 2, n. 3, Dez. 2005

CAROLINE DOMMEN

Comércio e direitos humanos: rumo à coerência

CARLOS M. CORREA

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

BERNARDO SORJ

Segurança, segurança humana e América Latina

ALBERTO BOVINO

A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

NICO HORN

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

NLERUM S. OKOGBULE

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

MARÍA JOSÉ GUEMBE

Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

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

LOUISE ARBOUR

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

SUR 4, v. 3, n. 4, Jun. 2006

FERNANDE RAINE

O desafio da mensuração nos direitos humanos

MARIO MELO

Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência

ROBERT ARCHER

Os pontos positivos de diferentes tradições: O que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento?

J. PAUL MARTIN

Releitura do desenvolvimento e dos direitos: Lições da África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC

JUSTICE C. NWOBKE

Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: O caminho a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: O caso da Bolsa Família do governo Lula no Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA

E LEO ZWAAK

Comparação esquemática dos sistemas regionais e direitos humanos: Uma atualização

RESENHA

SUR 5, v. 3, n. 5, Dez. 2006

CARLOS VILLAN DURAN

Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Grandes promessas, pequenas realizações: justiça transicional na África Subsaariana

DEVIKA PRASAD

Fortalecendo o policiamento democrático e a responsabilização na Commonwealth do Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime

TOM FARER

Rumo a uma ordem legal internacional efetiva: da coexistência ao consenso?

RESENHA

SUR 6, v. 4, n. 6, Jun. 2007

UPENDRA BAXI

O Estado de Direito na Índia

OSCAR VILHENA VIEIRA

A desigualdade e a subversão do Estado de Direito

RODRIGO UPRIMNY YEPES

A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos

LAURA C. PAUTASSI

Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas

GERT JONKER E RIKA SWANZEN

Serviços de mediação para crianças-testemunhas que depõem em tribunais criminais da África do Sul

SERGIO BRANCO

A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação

THOMAS W. POGGE

Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais

SUR 7, v. 4, n. 7, Dez. 2007

LUCIA NADER

O papel das ONGs no Conselho de Direitos Humanos da ONU

CECÍLIA MACDOWELL SANTOS

Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

JUSTIÇA TRANSICIONAL

TARA URS

Vozes do Camboja: formas locais de responsabilização por atrocidades sistemáticas

CECILY ROSE E FRANCIS M. SSEKANDI

A procura da justiça transicional e os valores tradicionais africanos: um choque de civilizações – o caso de Uganda

RAMONA VIJEYARASA

Verdade e reconciliação para as “gerações roubadas”: revisitando a história da Austrália

ELIZABETH SALMÓN G.

O longo caminho da luta contra a pobreza e seu alentador encontro com os direitos humanos

ENTREVISTA COM JUAN MÉNDEZ
Por Glenda Mezarobba

SUR 8, v. 5, n. 8, Jun. 2008

MARTÍN ABREGÚ

Direitos humanos para todos: da luta contra o autoritarismo à construção de uma democracia inclusiva - um olhar a partir da Região Andina e do Cone Sul

AMITA DHANDA

Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências

LAURA DAVIS MATTAR

Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos

JAMES L. CAVALLARO E

STEPHANIE ERIN BREWER

O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano

DIREITO À SAÚDE E ACESSO A MEDICAMENTOS

PAUL HUNT E RAJAT KHOSLA

Acesso a medicamentos como um direito humano

THOMAS POGGE

Medicamentos para o mundo: incentivando a inovação sem obstruir o acesso livre

JORGE CONTESSE E DOMINGO

LOVERA PARMO

Acesso a tratamento médico para pessoas vivendo com HIV/AIDS: êxitos sem vitória no Chile

GABRIELA COSTA CHAVES,
MARCELA FOGAÇA VIEIRA E
RENATA REIS

Acesso a medicamentos e propriedade intelectual no Brasil: reflexões e estratégias da sociedade civil

SUR 9, v. 5, n. 9, Dez. 2008

BARBORA BUK OVSKÁ

Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos

JEREMY SARKIN

Prisões na África: uma avaliação da perspectiva dos direitos humanos

REBECCA SAUNDERS

Sobre o intraduzível: sofrimento humano, a linguagem de direitos humanos e a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul

SESSENTA ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

PAULO SÉRGIO PINHEIRO

Os sessenta anos da Declaração Universal: atravessando um mar de contradições

FERNANDA DOZ COSTA

Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais

EITAN FELNER

Novos limites para a luta pelos direitos econômicos e sociais? Dados quantitativos como instrumento para a responsabilização por violações de direitos humanos

KATHERINE SHORT

Da Comissão ao Conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável?

ANTHONY ROMERO

Entrevista com Anthony Romero, Diretor Executivo da *American Civil Liberties Union* (ACLU)

SUR 10, v. 6, n. 10, Jun. 2009

ANUJ BHUWANIA

“Crianças muito más”: “Tortura indiana” e o Relatório da Comissão sobre Tortura em Madras de 1855

DANIELA DE VITO, AISHA GILL E
DAMIEN SHORT

A tipificação do estupro como genocídio

CHRISTIAN COURTIS

Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina

BENYAM D. MEZMUR

Adoção internacional como medida de último recurso na África: promover os direitos de uma criança ao invés do direito a uma criança

DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS EM MOVIMENTO: MIGRANTES E REFUGIADOS

KATHARINE DERDERIAN E
LIESBETH SCHOCKAERT

Respostas aos fluxos migratórios mistos: Uma perspectiva humanitária

JUAN CARLOS MURILLO

Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados

MANUELA TRINDADE VIANA

Cooperação internacional e deslocamento interno na Colômbia: Desafios à maior crise humanitária da América do Sul

JOSEPH AMON E KATHERINE
TODRYS

Acesso de populações migrantes a tratamento antiretroviral no Sul Global

PABLO CERIANI CERNADAS

Controle migratório europeu em território africano: A omissão do caráter extraterritorial das obrigações de direitos humanos

SUR 11, v. 6, n. 11, Dez. 2009

VÍCTOR ABRAMOVICH

Das Violações em Massa aos Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Clássicas Tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

VIVIANA BOHÓRQUEZ MONSALVE E JAVIER AGUIRRE ROMÁN

As Tensões da Dignidade Humana: Conceituação e Aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos

DEBORA DINIZ, LÍVIA BARBOSA E WEDERSON RUFINO DOS SANTOS
Deficiência, Direitos Humanos e Justiça

JULIETA LEMAITRE RIPOLL

O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

MALCOLM LANGFORD

Judicialização dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Âmbito Nacional: Uma Análise Socio-Jurídica

ANN BLYBERG

O Caso da Alocação Indevida: Direitos Econômicos e Sociais e Orçamento Público

ALDO CALIARI

Comércio, Investimento, Financiamento e Direitos Humanos: Avaliação e Estratégia

PATRICIA FEENEY

A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy

COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Entrevista com Rindai Chipfunde-Vava, Diretora da Zimbabwe Election Support Network (ZESN)

Relatório sobre o IX Colóquio Internacional de Direitos Humanos

SUR 12, v. 7, n. 12, Jun. 2010

SALIL SHETTY

Prefácio

FERNANDO BASCH ET AL.

A Eficácia do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos: Uma Abordagem Quantitativa sobre seu Funcionamento e sobre o Cumprimento de suas Decisões

RICHARD BOURNE

Commonwealth of Nations: Estratégias Intergovernamentais e Não-governamentais para a Proteção dos

Direitos Humanos em uma Instituição Pós-colonial

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO

ANISTIA INTERNACIONAL

Combatendo a Exclusão: Por que os Direitos Humanos São Essenciais para os ODMs

VICTORIA TAULI-CORPUZ

Reflexões sobre o Papel do Fórum Permanente sobre Questões Indígenas das Nações Unidas em relação aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

ALÍCIA ELY YAMIN

Rumo a uma Prestação de Contas Transformadora: Uma Proposta de Enfoque com base nos Direitos Humanos para Dar Cumprimento às Obrigações Relacionadas à Saúde Materna

SARAH ZAIDI

Objetivo 6 do Desenvolvimento do Milênio e o Direito à Saúde: Contraditórios ou Complementares?

MARCOS A. ORELLANA

Mudança Climática e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: O Direito ao Desenvolvimento, Cooperação Internacional e o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo

RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS

LINDIWE KNUTSON

O Direito das Vítimas do *apartheid* a Requerer Indenizações de Corporações Multinacionais é Finalmente Reconhecido por Tribunais dos EUA?

DAVID BILCHITZ

O Marco Ruggie: Uma Proposta Adequada para as Obrigações de Direitos Humanos das Empresas?

SUR 13, v. 7, n. 13, Dez. 2010

GLENDA MEZAROBBA

Entre Reparações, Meias Verdades e Impunidade: O Difícil Rompimento com o Legado da Ditadura no Brasil

GERARDO ARCE ARCE

Forças Armadas, Comissão da Verdade e Justiça Transicional no Peru

MECANISMOS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

FELIPE GONZÁLEZ

As Medidas de Urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

JUAN CARLOS GUTIÉRREZ E SILVANO CANTÚ

A Restrição à Jurisdição Militar nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

DEBRA LONG E LUKAS MUNTINGH
O Relator Especial Sobre Prisões e Condições de Detenção na África e o Comitê para Prevenção da Tortura na África: Potencial para Sinergia ou Inércia?

LUCYLINE NKATHA MURUNGI E JACQUI GALLINETTI

O Papel das Cortes Sub-Regionais no Sistema Africano de Direitos Humanos

MAGNUS KILLANDER

Interpretação dos Tratados Regionais de Direitos Humanos

ANTONIO M. CISNEROS DE ALENCAR

Cooperação entre Sistemas Global e Interamericano de Direitos Humanos no Âmbito do Mecanismo de Revisão Periódica Universal

IN MEMORIAM

Kevin Boyle – Um Elo Forte na Corrente
Por Borislav Petranov

SUR 14, v. 8, n. 14, Jun. 2011

MAURICIO ALBARRACÍN CABALLERO

Corte Constitucional e Movimentos Sociais: O Reconhecimento Judicial dos Direitos de Casais do Mesmo Sexo na Colômbia

DANIEL VÁZQUEZ E DOMITILLE DELAPLACE

Políticas Públicas na Perspectiva de Direitos Humanos: Um Campo em Construção

J. PAUL MARTIN

Educação em Direitos Humanos em Comunidades em Recuperação Após Grandes Crises Sociais: Lições para o Haiti

DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

LUIS FERNANDO ASTORGA GATJENS

Análise do Artigo 33 da Convenção da ONU: O Papel Crucial da Implementação e do Monitoramento Nacionais

LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL

Adaptação Razoável: O Novo Conceito sob as Lentes de Uma Gramática Constitucional Inclusiva

MARTA SCHAAF

Negociando Sexualidade na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência

TOBIAS PIETER VAN REENEN E HELÈNE COMBRINCK

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência na África: Avanços 5 Anos Depois

STELLA C. REICHER

Diversidade Humana e Assimetrias:
Uma Releitura do Contrato Social sob
a Ótica das Capacidades

PETER LUCAS

A Porta Aberta: Cinco Filmes
que Marcaram e Fundaram as
Representações dos Direitos Humanos
para Pessoas com Deficiência

LUIS GALLEGOS CHIRIBOGA

Entrevista com Luis Gallegos
Chiriboga, Presidente (2002-2005)
do Comitê *Ad Hoc* que Elaborou a
Convenção Sobre os Direitos das
Pessoas com Deficiência

SUR 15, v. 8, n. 15, Dez. 2011

ZIBA MIR-HOSSEINI

Criminalização da Sexualidade: Leis
de *Zina* como Violência Contra as
Mulheres em Contextos Muçulmanos

LEANDRO MARTINS ZANITELLI

Corporações e Direitos Humanos:
O Debate Entre Voluntaristas e
Obrigacionistas e o Efeito Solapador
das Sanções

ENTREVISTA COM DENISE DORA

Responsável pelo Programa de Direitos
Humanos da Fundação Ford no Brasil
entre 2000 e 2011

**IMPLEMENTAÇÃO NO ÂMBITO
NACIONAL DAS DECISÕES
DOS SISTEMAS REGIONAIS E
INTERNACIONAL DE DIREITOS
HUMANOS**MARIA ISSAEVA, IRINA SERGEEVA
E MARIA SUCHKOVA

Execução das Decisões da Corte
Europeia de Direitos Humanos na
Rússia: Avanços Recentes e Desafios
Atuais

CÁSSIA MARIA ROSATO E LUDMILA
CERQUEIRA CORREIA

Caso *Damião Ximenes Lopes*:
Mudanças e Desafios Após a Primeira
Condenação do Brasil pela Corte
Interamericana de Direitos Humanos

DAMIÁN A. GONZÁLEZ-SALZBERG

A Implementação das Sentenças da
Corte Interamericana de Direitos
Humanos na Argentina: Uma Análise
do Vaivém Jurisprudencial da Corte
Suprema de Justiça da Nação

MARCIA NINA BERNARDES

Sistema Interamericano de Direitos
Humanos como Esfera Pública
Transnacional: Aspectos Jurídicos
e Políticos da Implementação de
Decisões Internacionais

**CADERNO ESPECIAL: CONECTAS
DIREITOS HUMANOS - 10 ANOS**

A Construção de uma Organização
Internacional do/no Sul

SUR 16, v. 9, n. 16, Jun. 2012PATRICIO GALELLA E CARLOS
ESPÓSITO

As *Entregas Extraordinárias*
na Luta Contra o Terrorismo.
Desaparecimentos Forçados?

BRIDGET CONLEY-ZILKIC

Desafios para Aqueles que Trabalham
na Área de Prevenção e Resposta ao
Genocídio

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS
MACHADO, JOSÉ RODRIGO
RODRIGUEZ, FLAVIO MARQUES
PROL, GABRIELA JUSTINODA SILVA, MARINA ZANATA
GANZAROLLI E RENATA DO VALE
ELIAS

Disputando a Aplicação das Leis: A
Constitucionalidade da Lei Maria da
Penha nos Tribunais Brasileiros

SIMON M. WELDEHAIMANOT
A CADHP no Caso *Southern
Cameroons*

ANDRÉ LUIZ SICILIANO

O Papel da Universalização dos
Direitos Humanos e da Migração na
Formação da Nova Governança Global

**SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS
HUMANOS**

GINO COSTA

Segurança Pública e Crime Organizado
Transnacional nas Américas: Situação
e Desafios no Âmbito Interamericano

MANUEL TUFRÓ

Participação Cidadã, Segurança
Democrática e Conflito entre Culturas
Políticas. Primeiras Observações sobre
uma Experiência na Cidade Autônoma
de Buenos Aires

CELS

A Agenda Atual de Segurança e
Direitos Humanos na Argentina. Uma
Análise do *Centro de Estudos Legais y
Sociais* (CELS)

PEDRO ABRAMOVAY

A Política de Drogas e A *Marcha da
Insensatez*

VISÕES SOBRE AS UNIDADES DE
POLÍCIA PACIFICADORA (UPPS) NO
RIO DE JANEIRO, BRASILRafael Dias – Pesquisador, Justiça
Global

José Marcelo Zacchi – Pesquisador-
associado do Instituto de Estudos do
Trabalho e Sociedade – IETS

SUR 17, v. 9, n. 17, dez. 2012**DESENVOLVIMENTO E DIREITOS
HUMANOS**CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO,
JUANA KWEITEL E LAURA
TRAJBER WAISBICH

Desenvolvimento e Direitos Humanos:
Algumas Ideias para Reiniciar o Debate

IRENE BIGLINO, CHRISTOPHE
GOLAY E IVONA TRUSCAN
A Contribuição dos Procedimentos
Especiais da ONU para o Diálogo
entre os Direitos Humanos e o
DesenvolvimentoLUIS CARLOS BUOB CONCHA
Direito à Água: Entendendo
seus Componentes Econômico,
Social e Cultural como Fatores de
Desenvolvimento para os Povos
Indígenas

ANDREA SCHETTINI

Por um Novo Paradigma de
Proteção dos Direitos dos Povos
Indígenas: Uma Análise Crítica dos
Parâmetros Estabelecidos pela Corte
Interamericana de Direitos Humanos

SERGES ALAIN DJOYOU KAMGA E
SIYAMBONGA HELEBA
Crescimento Econômico pode Traduzir-
se em Acesso aos Direitos? Desafios
das Instituições da África do Sul para
que o Crescimento Conduza a Melhores
Padrões de VidaENTREVISTA COM SHELDON
LEADER

Empresas Transnacionais e Direitos
Humanos

ALINE ALBUQUERQUE E DABNEY
EVANS

Direito à Saúde no Brasil: Um Estudo
sobre o Sistema de Apresentação
de Relatórios para os Comitês de
Monitoramento de Tratados

LINDA DARKWA E PHILIP
ATTUQUAYEFIO

Matando Para Proteger? Guardas
da Terra, Subordinação do Estado e
Direitos Humanos em Gana

CRISTINA RÃDOI

A Resposta Ineficaz das Organizações
Internacionais em Relação à
Militarização da Vida das Mulheres

CARLA DANTAS

Direito de Petição do Indivíduo no
Sistema Global de Proteção dos
Direitos Humanos

A Fundação Carlos Chagas tem como premissa essencial a questão da cidadania. Em suas especialidades e linhas de pesquisa, atua com vistas ao desenvolvimento humano-social.

A produção em pesquisa na FCC, articulada entre os pólos de avaliação de políticas, gênero e raça, abrange aprofundados estudos sobre os vários níveis de ensino.

Nas três publicações da Fundação – Cadernos de Pesquisa, Estudos em Avaliação Educacional e Textos FCC –, essa produção acadêmica divide espaço com o trabalho de pesquisadores de outras instituições e possibilita uma visão diversificada sobre as questões da área.



Fundação Carlos Chagas

REFERÊNCIA EM EDUCAÇÃO WWW.FCC.ORG.BR