

ISSN - 0101-1480



Estado do Rio Grande do Sul  
Procuradoria-Geral do Estado

# Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

v.35 n.74  
julho/dezembro de 2014



# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

**Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 35	n. 74	p. 1 - 200	jul./dez. 2014
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979-

v.; 21 cm.  
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catologação na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

*Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.*

*Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.*

**Procuradoria-Geral do Estado do RS**

Av. Borges de Medeiros, 1555 – 16. Andar  
90110-901 Porto Alegre/RS

Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652

E-mail: [conselho-editorial@pge.rs.gov.br](mailto:conselho-editorial@pge.rs.gov.br)

Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta

Piedese canje

We ask exchange

On demande échange

Wir bitten um autausch

Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

**TARSO FERNANDO HERZ GENRO**

Governador do Estado

**BETO GRILL**

Vice-Governador do Estado

**CARLOS HENRIQUE KAIPPER**

Procurador-Geral do Estado

**MARÍLIA VIERA BUENO**

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

**BRUNO DE CASTRO WINKLER**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**PAULO ROBERTO BASSO**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

**ROSELAINÉ ROCKENBACH**

Corregedora-Geral da PGE

**FERNANDA FIGUEIRA TONETTO**

Coordenadora da Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

## **CONSELHO EDITORIAL**

Euzébio Fernando Ruschel  
(Presidente)  
Fernanda Figueira Tonetto  
Guilherme Valle Brum  
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues  
José Luis de Bolzan Morais  
Ricardo Antônio Lucas Camargo

## **EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia  
Secretária-Executiva  
Bibliotecária crb10/1343

**Corag**   
*Imprensa Oficial*  
*do Estado do Rio Grande do Sul*

Av. Cel. Aparício Borges, 2199  
Fone: (51) 3288-9700  
E-mail: [editora-tecnica@corag.rs.gov.br](mailto:editora-tecnica@corag.rs.gov.br)  
[www.corag.rs.gov.br](http://www.corag.rs.gov.br)

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	7
<b>DOCTRINA</b>	
Considerações sobre o Dualismo Asilo/Refúgio: o Supremo Tribunal Federal e o caso Cesare Battisti <b>Jose Luis Bolzan de Morais</b> <b>Teresa Cristina Schneider Marques</b> <b>Valéria Ribas do Nascimento</b> .....	11
Universalidade dos Direitos Humanos e Multiculturalismo: a aparente dicotomia, ou discurso do mau sujeito <b>Fernanda Figueira Tonetto</b> <b>Jânia Maria Lopes Saldanha</b> .....	33
Os Refugiados Ambientais: carência de proteção normativa <b>Flávia Faermann</b> .....	63
O Limite da Responsabilidade Internacional dos Estados como Meio de Proteção aos Direitos Humanos <b>Táis Bastiani Librelotto</b> .....	81
O Estado como Garantidor dos Direitos Humanos <b>Josiana Dourado Castro</b> .....	111
O Sistema de Cotas Raciais em Concursos Públicos <b>Elisa Berton Eidt</b> .....	147
A Proteção dos Direitos Humanos e dos Refugiados e o Respeito ao Multiculturalismo na União Europeia: revisão jurisprudencial da corte europeia de direitos humanos sobre a liberdade de manifestação religiosa <b>Laura Madrid Sartoretto</b> .....	161



## EDITORIAL

Ao longo da história da humanidade, o mundo foi palco das maiores atrocidades que seres humanos podem ser capazes de cometer contra seres humanos. Desde os primórdios até nossos dias, poucas civilizações testemunharam a existência de um mundo em paz, sem ofensas à dignidade humana, sem pobreza, sem discriminações de toda ordem.

Apesar de seu conteúdo universalista e atemporal, no entanto, o direito internacional dos direitos humanos constitui-se em um domínio extremamente recente, que encontrou rápido desenvolvimento em especial a partir das graves violações cometidas durante a II Guerra Mundial. Por seu caráter de valor fundamental, seu conteúdo merece ser desvelado e discutido, porquanto eleva à significação primeira o ser humano em todas as suas acepções.

Na presente edição da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul os mais diferentes temas que são objeto de estudo dos direitos humanos são discutidos, a demonstrar um novo perfil institucional que se engaja com valores aptos a colocar em evidência os indivíduos que compõem o tecido social, sem os quais não subsiste razão para a própria existência do Estado.

Com o intuito de engrandecer este debate, são apresentados artigos acadêmicos, cuja leitura esperamos seja enriquecedora no sentido de elucidar o verdadeiro sentido da expressão *direitos humanos*.

A todos e todas desejamos excelentes reflexões!

**Fernanda Figueira Tonetto**

Procuradora do Estado

Coordenadora da Procuradoria de Informação,

Documentação e Aperfeiçoamento Profissional – PIDAP.



**DOCTRINA**



# CONSIDERAÇÕES SOBRE O DUALISMO ASILO/REFÚGIO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CASO CESARE BATTISTI<sup>1</sup>

**Jose Luis Bolzan de Moraes<sup>2</sup>**  
**Teresa Cristina Schneider Marques<sup>3</sup>**  
**Valéria Ribas do Nascimento<sup>4</sup>**

---

<sup>1</sup> Este artigo é fruto das inquietações e diálogos sobre o tema “Dualismo asilo/refúgio”, entre pesquisadores da ciência política e do Direito, com o objetivo de demonstrar a necessidade de conscientizar a sociedade a respeito das diferenças entre os dois termos, para então buscar a revisão de alguns conceitos, principalmente no tocante ao instituto do asilo. Acredita-se que, quando os governos latinoamericanos garantirem aos migrantes forçados por motivos políticos os direitos previstos pelo Direito Internacional dos Refugiados, será dado um importante passo em direção à consolidação da democracia na região.

<sup>2</sup> .....

<sup>3</sup> Doutora em Ciência Política (2011) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com estágio doutoral em Relações Internacionais no Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences Po), mestre (2006) e graduada (2004) em História pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Atualmente é pós-doutoranda (DOCFIX – CAPES/FAPERGS) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Endereço para acessar o CV na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3145583517135029>

<sup>4</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na Universidade de Sevilha (US); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM; Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) e coordenadora do grupo de pesquisa intitulado “A reconstrução de sentido do constitucionalismo”, vinculados à UFSM, este com patrocínio do CNPQ/CAPES Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES – n.º 07/2011. E-mail: [valribas@terra.com.br](mailto:valribas@terra.com.br). Endereço para acessar na plataforma Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?metodo=apresentar&id=K4735235T9>

*A história é um profeta com o olhar voltado para trás: pelo que foi e contra o que foi, anuncia o que será. (Eduardo Galeano)*

## **RESUMO**

Os Estados contemporâneos, marcados pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, voltaram, com muito maior preocupação, suas atenções aos problemas e formas de tutela dos direitos humanos. Este artigo, tem como foco o mencionado tema, mais especificamente, trata do asilo e do refúgio, ambos relacionados à proteção de pessoas que sofrem perseguição política e deixaram de ter acolhida no território de origem, sendo que os referidos institutos se fundamentam na solidariedade e na cooperação internacional. A coexistência dos dois sistemas de proteção aos indivíduos faz com que haja dificuldades de aplicação e dúvidas conceituais a respeito de um ou de outro termo e, além disso, permitem que os Estados utilizem critérios discricionários em suas opções políticas. Por isso, optou-se por trazer dois casos recentes de países latinoamericanos, com destaque para atuação no Brasil do Supremo Tribunal Federal no caso Cesare Battiste e no Equador o caso Julian Assange.

**Palavras-chave:** direitos humanos, asilo e refúgio.

## **1 INTRODUÇÃO**

A temática deste trabalho gira em torno de temas centrais de direitos humanos, voltados aos perseguidos políticos: o asilo e o refúgio. Ambos os institutos jurídicos têm como objetivo a proteção da pessoa humana na ausência da proteção do seu Estado de origem. Ocorre que o asilo é um instituto jurídico mais comum na América Latina, onde coexistem o sistema latinoamericano de asilo e o sistema das Nações Unidas de proteção aos refugiados, enquanto os demais Estados utilizam o asilo apenas enquanto uma forma de proteção provisória.

Muito embora eles tenham o mesmo objetivo final, importantes aspectos relativos à aplicabilidade da proteção e aos deveres do Estado acolhedor diferenciam os dois institutos. A pesquisa demonstrou que tais diferenças não se mostram muito claras para muitos pesquisadores das ciências sociais e jurídicas interessados em temas relativos aos migrantes forçados. Estes, assim como atores da mídia

e dos foros acadêmicos, encontram certa dificuldade para empregar os termos nas suas análises, fazendo com que haja uma “confusão” entre os termos, principalmente na América Latina.

Os polêmicos casos do italiano Cesare Battisti e do australiano Julian Assange, demonstram que a migração motivada por questões políticas pode ser vista por diferentes ângulos, permitindo diferentes formas de acolhida. Diante disso, surge a pergunta: quais critérios são determinantes na escolha entre as duas formas de proteção internacional, sobretudo nos países latinoamericanos onde existe o dualismo asilo-refúgio?

A partir da análise comparada destes dois casos, o presente artigo pretende compreender as diferenças entre os dois institutos, destacando o grande peso que soberania Estatal vinculada ao território ainda representa para o acolhimento (ou não) do perseguido político, bem como da definição do tipo de proteção a ser conferido ao mesmo. Dessa maneira, primeiramente, procede-se a ponderações conceituais e históricas entre o asilo e o refúgio, demonstrando as semelhanças e diferenças entre os termos. Por fim, busca-se analisar porque no Brasil - no caso Cesare Battisti - optou-se pelo refúgio e no Equador - no caso Julian Assange - aplicou-se o asilo.

Vale observar que não se objetiva esgotar o assunto asilo/refúgio, devido a grande e diversa bibliografia sobre o tema, mas lançar questionamentos sobre o dualismo evidenciado nos mencionados casos ora analisados.

## **2 REFLEXÕES ACERCA DO ASILO E DO REFÚGIO**

Os registros que discutem o direito ao asilo datam de meados do segundo milênio a.C. (ROLLEMBERG, 1999, p. 37), portanto, ainda na Antiguidade Clássica. Existem registros no Egito Antigo, onde os tratados firmados designavam os templos religiosos como locais de acolhimento de asilados. Tal direito era estendido aos escravos fugitivos, soldados derrotados e criminosos comuns (ANDRADE, 2001, p. 104).

Certo destaque merece ser atribuído à Grécia, de onde provém a origem da palavra asilo. Asilo é uma derivação da palavra grega

*asylon*, que significa não-expulsão (ANDRADE, 2001, p. 104). Na Grécia Antiga o asilo tinha grande valor e foi muito utilizado, em templos, bosques sagrados, ou qualquer outro lugar desde que o perseguido possuísse consigo o busto portátil de alguma Divindade (ANDRADE, 2001, p. 101-102). Dessa forma, percebe-se que, na Civilização Grega, o asilo se limitava a aspectos religiosos. No Império Romano, o asilo adquiriu caráter jurídico, porém, perdeu tal caráter na Idade Média, e voltou a ser defendido como um instrumento de proteção individual com o advento da Reforma Protestante (JUBILUT, 2007, p. 37).

O asilo político passou por uma mudança significativa com a Revolução Francesa, que ocorreu em 1789. A partir de então, devido aos ideais de liberdade que a Revolução defendia, tal direito passou a ser restrito aos criminosos políticos, excluindo a possibilidade de se conceder asilo a criminosos comuns (JUBILUT, 2007, p. 38). Os últimos passaram a receber a pena de extradição, caso saíssem do país visando escapar da perseguição ocorrida em consequência da prática de crimes comuns.

Com efeito, segundo Haroldo T. Valladão, atualmente o instituto do asilo pode ser definido da seguinte maneira:

O asilo é a admissão, por um Estado, em seu território, ou, fora dele, no local da sua representação diplomática ou da residência do chefe desta última ou em seus navios ou aeronaves militares, de estrangeiro refugiado, perseguido em outro Estado por motivo político (VALLADÃO, 1986, p.237).

Portanto, fica claro que o asilo político é um benefício concedido a perseguidos políticos. Assim, a concessão do benefício se baseia na perseguição em si. Atualmente, o asilo é um instituto legal mais costumeiro na América Latina. Segundo os pesquisadores que se dedicam à temática, a prática deste benefício é mais presente nos países latinoamericanos devido à instabilidade das suas instituições políticas, que leva à necessidade de estabelecer procedimentos legais de proteção ao criminoso político. Além disso, visou-se estabelecer uma forma de punição com um custo político menor do que a prisão e o assassinato a ser direcionada aos membros das elites (RONIN-

GER, 2010, p.91).

Os países fora da região privilegiam o sistema da ONU de proteção aos refugiados, que não faz a distinção entre *asilo* e *refúgio*. Neste sistema se fala de asilo e solicitantes de asilo (HANLAN, 2003, p. 09-10). Para se referirem àqueles que já obtiveram o benefício se utiliza o termo *refugiado* (HANLAN, 2003, p. 09-10).

Na América Latina, diversos documentos foram elaborados para afirmar o asilo como um instrumento jurídico de defesa da pessoa humana:

A positivação do asilo na América Latina teve início com o Tratado de direito penal de Montevideu, em 1889, e conta com uma longa tradição como demonstra a existência dos seguintes documentos: *Convenção sobre Asilo* (VI Conferência Pan-Americana, Havana, 1928); *Convenção sobre Asilo Político* (VII Conferência Internacional Americana, Montevideu, 1933); *Declaração dos Direitos e Deveres do Homem sobre asilo territorial* (IX Conferência Pan-americana, 1948); *Convenção sobre Asilo Político* (Montevideu, 1939); e *Convenção sobre Asilo Diplomático* (X Conferência Interamericana, Caracas, 1954) (JUBILUT, 2007, p. 38).

Além dos documentos específicos a respeito do asilo político, segundo Liliana Lyra Jubilut, documentos regionais que abordam os direitos humanos de maneira mais geral destacam ainda mais o papel da América Latina em termos de asilo político. Entre tais documentos regionais, podemos destacar a Declaração Americana de Direitos Humanos (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que estabelecem que a concessão de asilo é um dever dos Estados e, ampliam a proteção aos perseguidos políticos, se comparada com a proteção prevista pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)(JUBILUT, 2007, p. 39).

Apesar disso, embora seja um instrumento jurídico de proteção à pessoa humana, o asilo continua sendo um direito do Estado e não do indivíduo. Isto é, em respeito ao princípio da soberania dos Estados, nenhum Estado é obrigado a aceitar qualquer indivíduo em seu território (VALLADÃO, 1986, p. 239). Portanto, o Estado tem o poder discricionário de conceder o asilo político ao estran-

geiro que se sentir perseguido politicamente e que se encontrar em seu território, ou em suas representações diplomáticas ou militares fora do seu território (JUBILUT, 2007, p. 38). Essa possibilidade de solicitar a proteção de um Estado em suas representações em outros países divide o instituto do asilo em dois tipos. Seriam eles: O *asilo territorial* e o *asilo diplomático*.

O *asilo territorial* ocorre quando o Estado concede o benefício ao estrangeiro que o solicita quando já se encontra no âmbito do espaço territorial de sua soberania. É, portanto, o benefício em sua forma definitiva. Dentro do espaço territorial do Estado de escolha, o asilado está sob jurisdição exclusiva deste. Isto significa que, após ter sido acolhido por um Estado como asilado político, cabe única e exclusivamente ao Estado de acolhida a responsabilidade de fiscalizar possíveis infrações feitas pelo perseguido. O país de acolhida também tem a responsabilidade de providenciar a documentação para o asilado, caso seja necessário e de assegurar a proteção, limitando a saída compulsória do país.

O *asilo diplomático*, por sua vez, é uma forma provisória de proteção ao indivíduo. Ele se dá quando uma pessoa que se sinta perseguida politicamente procura uma representação de algum país estrangeiro no território do seu país de origem, assegurada pela imunidade, e solicita o benefício<sup>5</sup>. Tem o caráter provisório, pois o serviço diplomático ou militar que o aceitou como asilado deve tomar as providências necessárias para encaminhar o fugitivo para o asilo territorial em solo do seu país, ou, em caso de recusa deste, deve encaminhá-lo para um terceiro país que o aceite como asilado político. Ao país de origem do perseguido político, cabe a responsabilidade de emitir o salvo-conduto que permita que o criminoso político chegue ao território do país de acolhida em segurança.

Em ambos os casos, o principal objetivo é proteger indivíduos que são vítimas de perseguição política em seus países de origem por

---

<sup>5</sup> Os locais onde o asilo diplomático pode ser concedido são: as legações (sedes de missões diplomáticas ordinárias, residências dos chefes das missões e lugares por estes definidos em caso de um número muito elevado de asilados); navios e aeronaves militares; e por fim; acampamentos militares. Consulados, automóveis da missão diplomática e sedes de organizações internacionais não são considerados locais de asilo diplomático (MELLO, 1979, p.657).

intermédio do acolhimento destes em um país estrangeiro. Assim, a proteção se fundamenta na solidariedade e na cooperação internacional. A principal base legal desse benefício é o respeito aos direitos humanos. Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos abrange o asilo político (JUBILUT, 2007, p.49).

Muitos latinoamericanos se beneficiaram do asilo político durante o período marcado pela violência instalada pelos regimes militares. Inclusive, é importante destacar que para muitos, a proteção internacional apenas foi possível em razão da concessão do asilo diplomático nas embaixadas. O golpe de 1973 no Chile deixou clara a importância do asilo diplomático em caso de violência generalizada e mesmo para perseguidos políticos isolados em um país diferente do seu país de origem. Diante da violência instalada pelos militares e da caça aos estrangeiros no país, as embaixadas se tornaram os únicos locais seguros. Entre elas, podemos destacar as embaixadas do México, da Suíça e outros países europeus, que permitiram a proteção temporária no Chile através do asilo até a liberação dos salvos-condutos que permitiu a partida dos perseguidos políticos do Chile.

Na Europa, principal destino dos latinoamericanos após o golpe de Estado que depôs Salvador Allende no Chile, acolhida foi diferente em virtude do fato de terem sido acolhidos enquanto *refugiados*. Dessa forma, os perseguidos políticos puderam se beneficiar das políticas de acolhimento e integração previstas na legislação internacional sobre refúgio. Diferente do que ocorreu no Chile, onde a ausência destas políticas levou os perseguidos políticos a se organizarem para garantir a sobrevivência do grupo, ainda que tal organização não tenha sido sempre eficiente para todos (MARQUES, 2011). Dessa forma, evidenciou-se as fragilidades do sistema de proteção latinoamericano, criado para atender os membros da elite forçados a deixar o seu país de origem por motivos políticos e não os fluxos massivos, que se tornaram mais constantes no século XX.

Portanto, muito embora o asilo político tenha a vantagem de oferecer a proteção extraterritorial, a sua proteção é mais restrita, pois se dirige exclusivamente àqueles que sofreram perseguição política, não impondo obrigações ao Estado de acolhida. Neste sentido, os

tratados internacionais a respeito de asilo, não estipulam obrigações internacionais ao Estado por ter concedido o asilo, e em face do asilado. Também não existe um órgão ou organização internacional encarregado de fiscalizar a prática do asilo político, tampouco há obrigação de levar a efeito políticas de integração local dos asilados (JUBILUT, 2007, p. 50).

Diferente do asilo, o refúgio é uma prática de solidariedade internacional mais recente<sup>6</sup>. A condição de *refugiado* surgiu a partir de 1921, portanto, já no século XX, por meio das atividades da Liga das Nações (ANDRADE, 2001, p. 119). A Liga foi criada em 1920, após o fim da primeira Guerra Mundial, visando ser uma organização que contribuísse para que as relações internacionais fossem fundadas em princípios justos (ANDRADE, 2001, p. 119). Embora os documentos que criaram a Liga das Nações não especificassem diretamente alguma obrigação desta com a questão dos refugiados, houve certa pressão para que esta organização buscasse soluções para este problema (ANDRADE, 2001, 119).

A partir desse primeiro momento, foram criados diversos organismos para assegurar a proteção aos refugiados. Contudo, durante muito tempo, a proteção oferecida por estes organismos se limitava a uma nacionalidade ou etnia específica. O primeiro foi o *Alto Comissariado para os Refugiados Russos*, que surgiu no âmbito da Liga das Nações, mas esta não se responsabilizou pelos seus atos. Posteriormente, em 1926, as suas ações foram estendidas aos refugiados armênios, com o apoio do diretor da organização, Dr. Fridtjof Nansen. Em 1929, o Alto Comissariado para Refugiados Russos passou a ser subordinado à Liga das Nações. Em 1930 esta transição foi concluída, com a criação do *Escritório Nansen para Refugiados*, que foi assim batizado em homenagem ao Dr. Fridtjof Nansen, que havia falecido nesse mesmo ano (JUBILUT, 2007, p. 75-76). O escritório teve importância fundamental para a história da

---

<sup>6</sup> As informações históricas sobre o refúgio apresentadas doravante foram extraídas principalmente da obra de autoria de Liliانا Lyra Jubilut, intitulada *O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro* (2007); e do artigo de autoria de José Fichel de Andrade intitulado *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira* (2001), ambos diversas vezes citados neste artigo.

legislação internacional sobre refúgio, pois elaborou a Convenção de 1933, considerada por muitos estudiosos como sendo “o marco legal inicial desta vertente do Direito Internacional dos Direitos Humanos” (JUBILUT, 2007, p. 76).

Em 1936, foi criado o *Alto Comissariado para os Refugiados Judeus provenientes da Alemanha* que também se tornou o responsável pelos judeus da Áustria. Este órgão, assim como o Escritório Nansen, tinha data prevista para encerrar suas atividades. Visando substituir tais instituições e ao mesmo tempo unificar o tratamento aos refugiados, em 1938, a Liga das Nações criou o *Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados*. Foi a partir de então que a qualificação de uma pessoa como refugiada passou a se fundamentar em aspectos individuais além dos aspectos coletivos, muito embora a nacionalidade e etnia continuassem sendo utilizados como critérios (JUBILUT, 2007, p. 76).

A tragédia que as duas Guerras Mundiais representaram produziu milhares de refugiados, e, diante desse quadro, o *Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados* não foi capaz de atender a todos os migrantes forçados por este conflito. Diante da ineficácia deste órgão e do declínio da Liga das Nações, os Estados Unidos criaram em 1938 o *Comitê Intergovernamental para os Refugiados*, que atuava paralelamente ao *Alto Comissariado da Liga das Nações*. Quando este foi extinto em 1946, o Comitê assumiu as suas funções. Porém, o Comitê Intergovernamental para Refugiados perdurou apenas até 1947, e, a partir de então, a proteção aos refugiados passou a ser responsabilidade provisória da *Comissão Preparatória da Organização Internacional para Refugiados*, ligada à ONU. Finalmente, esse órgão foi substituído pelo *Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados* (ACNUR), em 1950. Desde então, o ACNUR, que atua no âmbito da ONU tem o seu mandato renovado a cada cinco anos para permanecer responsável pelos refugiados (JUBILUT, 2007, p. 78-80).

Com efeito, foi após a criação do ACNUR que os principais instrumentos internacionais jurídicos para delimitar o instituto do refúgio foram criados. Entre eles, merecem destaque a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 51) e o Protocolo

Relativo ao Estatuto dos Refugiados (Protocolo de 67) (CASELLA, 2001, p. 19).

Tal como o asilo, o refúgio também é marcado pelo caráter humanitário, pois tem o mesmo objetivo, ou seja, “a proteção da pessoa humana, em face da sua falta no território de origem ou de residência do solicitante, a fim de assegurar e garantir os requisitos mínimos de vida e de dignidade” (JUBILUT, 2007, p. 43). Porém, o instituto de refúgio apresentado pela Convenção de 1951 estabelece uma definição mais ampla para o *status de refugiado*:

A expressão refugiado se aplica a qualquer pessoa que, em virtude de fundado medo de sofrer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou convicção política, se encontra fora do país do qual é nacional e esta impossibilitada ou, em virtude desse fundado medo, não deseja se entregar à proteção desse país (CASELLA, 2001, p.. 19-20).

Dessa forma, percebe-se que o refúgio é muito mais amplo do que o asilo, pois não se limita a proteção de pessoas que sofreram perseguição política, ao abranger os perseguidos por motivo de religião, raça, nacionalidade e pertencimento a grupo social. Outra diferença fundamental deriva do fato de que este benefício, diferente do asilo, não exige que a perseguição tenha sido efetivada, isto é, o *fundado temor* de que isso ocorra é considerado suficiente para a concessão do benefício. Por outro lado, exige a extraterritorialidade, ou, em outras palavras, exige que o solicitante esteja fora do seu país de origem (JUBILUT, 2007, p. 44).

Como o instituto do refúgio tem critérios bem definidos para o reconhecimento do *status de refugiado*, ele não é um ato discricionário do Estado concedente. Cabe destacar ainda que o refúgio é associado a um órgão internacional responsável pela sua fiscalização. Por fim, a última diferença a ressaltar é o fato que, ao reconhecer o *status de refugiado* a um solicitante, o Estado de acolhida assume obrigações internacionais, derivadas das ratificações de tratados (JUBILUT, 2007, p. 44).

O caráter não discricionário do refúgio e a obrigação de se

submeter às regras do regime multilateral de direitos Humanos, explica a lenta adoção do sistema de proteção das Nações Unidas na América Latina. Os tratados latinoamericanos a respeito do asilo que permitem essa manobra ao garantirem o dualismo nos países da região. Isto é, os documentos latinoamericanos sobre asilo fazem uma distinção clara entre os dois termos, fazendo: de um lado o sistema latinoamericano de asilo político (diplomático e territorial), e do outro, o sistema universal de proteção aos refugiados (SAN JUAN, 2003, p. 21).

Assim, durante muito tempo após a assinatura do protocolo de 1951, os Estados latinoamericanos continuaram privilegiando o asilo em detrimento do refúgio. Podemos mesmo afirmar que a prática de conceder asilo ao invés de refúgio se tornou uma tradição em muitos países da região em virtude do temor em submeter os interesses nacionais aos então recém-criados organismos supranacionais. O número de deslocados forçados pelos regimes militares durante as décadas de 1970 e 1980 reconhecidos formalmente como refugiados é significativo nesse sentido: em um fluxo composto por mais de dois milhões de migrantes, apenas 150 mil receberam status de refugiados (MOREIRA, 2012, p.172). Assim, em nome de uma pretensa soberania, as duas legislações foram mantidas na região.

Ainda que especialistas na temática apontem as consequências negativas do dualismo<sup>7</sup>, há que se destacar que tanto o asilo quanto do refúgio representam importantes instrumentos para a proteção dos indivíduos além das fronteiras nacionais. Apenas a análise do contexto individual de cada solicitante que leve em consideração o seu histórico pessoal, o local onde é solicitada a proteção internacional, bem como o quadro político, institucional e social dos países de origem, poderia determinar a forma do acolhimento (ou não) do

---

<sup>7</sup> A coexistência dos dois sistemas de proteção aos indivíduos também faz com que haja uma “confusão” conceitual. Esta “confusão” conceitual causada pelo enfoque dualista traz sérias consequências, conforme observou o estudo relativo ao dualismo asilo/refúgio existente na América Latina, realizado pelo *Centro de Derechos Humanos da la Universidad Nacional de Lanús* com o apoio do ACNUR. A primeira consequência seria a perda do vigor dos conceitos devido ao uso impreciso dos termos *asilo* e *refúgio*. Além disso, o dualismo tende a consolidar deficiências e erros de análise histórica e jurídica.

perseguido político.

No entanto, a pesquisa demonstrou que a soberania estatal se mostrou mais decisiva para a determinação do *status* dos perseguidos políticos do que todos os fatores destacados pelas duas formas de proteção internacional. Para compreender esta afirmação, realizar-se-á no próximo tópico uma breve análise comparada dos casos do italiano Cesare Battisti, acolhido pelo Brasil como refugiado político em 2009, e do australiano Julian Assange, criador do site WikiLeaks cujo pedido de asilo político foi aceito pelo Equador em 2012.

### **3 DO BRASIL E O CASO BATTISTI AO EQUADOR E O CASO ASSANGE**

O chamado caso Cesare Battisti foi muito debatido no Brasil e no exterior e é considerado um dos mais recentes exemplos de concessão de refúgio político. O italiano, ora referido, era militante de um grupo armado de orientação esquerdista durante o período que se convencionou chamar de “anos de chumbo” (fins dos anos setenta) e foi acusado e condenado a prisão perpétua pela prática de quatro homicídios na Itália.

Depois de preso no Brasil em 2007, foi realizado um pedido de extradição pelo governo italiano, com base no tratado de extradição firmado entre a Itália e o Brasil. Battisti, por sua vez, requereu o *status* de refugiado político ao Estado brasileiro, alegando sofrer fundados temores de perseguição por motivos políticos, o que foi inicialmente negado pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e, posteriormente, reconhecido pelo Ministro da Justiça Tarso Genro.

A principal discussão do caso Battisti gira em torno da possibilidade de extradição de uma pessoa reconhecida como refugiada e, conseqüentemente, se a decisão de concessão de refúgio é decisão política e soberana do Estado concedente ou se é ato administrativo passível de revisão e controle judicial (SOARES, 2013).

Por cinco votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o refúgio concedido pelo governo brasileiro a Battisti foi irregular e autorizou a extradição do ex-ativista Battisti para a Itália.

Decidido pela extradição, coube ainda aos Ministros resolverem sobre a possibilidade do Presidente da República não aceitar a decisão do STF e resolver pela não extradição já que a decisão final nesses casos é do Presidente da República, que tem competência constitucional para manter relações com Estados estrangeiros (BRASIL, STF, 2013).

O Supremo definiu que quem decide se extradita um estrangeiro preso no Brasil é o Presidente da República. Os Ministros entenderam que a decisão do Judiciário de mandar extraditar não obriga, necessariamente, o Poder Executivo a fazê-lo (BRASIL, STF, 2013). No caso Battisti o então Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva politicamente entendeu que, apesar da decisão do STF favorável à extradição, não caberia à extradição de Battisti para a Itália, pois Battisti seria um militante político e não um criminoso comum e, sendo assim, a proteção constitucional conferida contra a extradição por delitos políticos prevalece sobre o tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália.

Os argumentos do Presidente da República foram realizados com base no parecer da Advocacia Geral da União (AGU), o qual salientou que a extradição pode ser negada com base em “razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados” (BRASIL, AGU, 2013). Os Advogados da União juntaram, também, ao relatório notícias veiculadas pela imprensa italiana, incluindo declarações de integrantes do governo sobre o tratamento que seria dado a Battisti caso fosse extraditado à Itália.

Assim, em nova decisão, o STF decidiu - por seis votos a três - em 08 de junho de 2011, que o italiano Cesare Battisti deveria ser solto. Para a maioria dos Ministros, a decisão do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva de negar a extradição de Battisti para a Itália é um “ato de soberania nacional” que não pode ser revisto pelo Supremo. Esse foi o entendimento dos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Marco Aurélio (BRASIL, STF, 2013).

Reafirmou o Ministro Fux que “O que está em jogo aqui é um

ato de soberania do Presidente da República. A República italiana litigou contra a República Federativa do Brasil”, salientou o Fux, que já havia expressado o mesmo entendimento ao votar pelo não conhecimento da reclamação ajuizada pelo governo da Itália para cassar o ato do ex-Presidente Lula (BRASIL, STF, 2013).

Já o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que, quando analisou o pedido de extradição, em novembro de 2009, se convenceu que Cesare Battisti foi condenado por cometer crimes contra a vida. “Mas neste momento não é essa a questão que está em jogo”. Para Lewandowski, o ato do ex-Presidente da República ao negar a extradição é uma verdadeira razão de Estado. “Entendo que o Presidente da República praticou um ato político, um ato de governo, que se caracteriza pela mais ampla discricionariedade” (BRASIL, STF, 2013).

O Ministro Joaquim Barbosa destacou que “Se o Presidente assim o fez (negou a extradição) e o fez motivadamente, acabou o processo de extradição”, disse. Ele acrescentou que, como magistrado do Supremo, não tem outra alternativa a não ser determinar a imediata expedição do alvará de soltura de Battisti (BRASIL, STF, 2013).

Os Ministros Gilmar Mendes (relator do processo), Ellen Gracie e Cezar Peluso votaram no sentido de cassar o ato do ex-Presidente da República e determinar o envio de Cesare Battisti para a Itália. “O senhor Presidente da República, neste caso, descumpriu a lei e a decisão do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, STF, 2013). Entretanto, foram votos vencidos, o que determinou a libertação de Battisti. Cabe destacar que através da lei 9.474 de 1997, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção sobre refugiados de 1951 e a definição ampliada apresentada na Declaração de Cartagena e na Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA). A partir de então, o Brasil passou a privilegiar o refúgio em detrimento do asilo (ALMEIDA, 2001) .

Com relação ao caso Julian Paul Assange, importa salientar que o australiano é um jornalista e ciberativista, membro do conselho consultivo do site WikiLeaks, um wite de denúncias e vazamento de informações. No ano de 2010, após o vazamento de documentos sobre possíveis crimes de Guerra cometidos no Afeganistão e na Guerra do Iraque pelo exército dos Estados Unidos (EUA) fizeram

crescer sua fama. Posteriormente, foi acusado de estupro na Suécia, sendo então realizado um pedido de extradição por este país ao governo inglês. Em 2012 a Corte Suprema do Reino Unido anunciou sua decisão de conceder extradição a Assange, ainda que a defesa argumente que os crimes dos quais o australiano é acusado não constituem delitos na lei inglesa (o que não justificaria a extradição) e que não existam provas contundentes da participação do australiano nos referidos crimes (ADDLEY; TOPPING, 2011).

O australiano teme que, tão logo chegue à Suécia, seja extraditado para os EUA, pois existe um amplo acordo entre os dois países sobre extradição. Para evitar seu grande temor, em 2012, Assange conseguiu entrar na embaixada do Equador em Londres, onde pediu asilo político. No momento, surgiu um impasse - depois que foi concedido o asilo político pelo Estado equatoriano - pois Assange não pode sair o prédio da embaixada. O governo britânico afirmou que não daria salvo-conduto, o que pode eternizar sua permanência do referido edifício (considerado território equatoriano).

Em aparição pública na sacada do prédio no final de 2012, Assange afirmou: “Eu peço para o Presidente Obama fazer a coisa certa, os Estados Unidos devem renunciar a sua caça às bruxas contra o WikiLeaks” (ASSANGE, 2013). Ainda, salienta que “Não deve haver mais conversas tolas sobre perseguir qualquer meio de comunicação, seja o WikiLeaks, seja o ‘The New York Times’” (ASSANGE, 2013). Também, elogiou a “coragem” mostrada pelo Presidente do Equador, Rafael Correa, por aceitar conceder asilo a ele.

Vale pontuar que já foi publicado no Brasil, em 2013, um livro de Assange intitulado *Cyberpunks: liberdade e o futuro da Internet*, pela editora Boitempo. A obra, do qual são coautores Jacob Appelbaum, Andy Müller-Maguhn e Jérémie Zimmermann, discute questões como a possível transformação internet em mero instrumento de controle, a serviço do poder político e econômico.

A edição brasileira tem a colaboração do filósofo esloveno Slavoj Žižek e da jornalista Natalia Viana, parceira do WikiLeaks no Brasil e coordenadora da agência Pública de jornalismo investigativo. Segundo consta na própria edição brasileira, o problema central do livro é: a comunicação eletrônica vai nos emancipar ou nos escravizar?

(BOITEMPO EDITORIAL, 2013).

Assange prevê que apesar de a internet ter possibilitado verdadeiras revoluções no mundo todo, poderá ocorrer uma futura onda de repressão na esfera on-line, a ponto de considerar a internet uma possível ameaça à civilização humana. O assédio ao WikiLeaks e a ativistas da internet, juntamente com as tentativas de introduzir uma legislação contra o compartilhamento de arquivos, caso do Sopa (Stop Online Piracy Act) e do Acta (Anti-Counterfeiting Trade Agreement), indicam que as políticas da internet chegaram a uma encruzilhada. De um lado, encontra-se um futuro que garante, nas palavras de ordem dos cypherpunks, “privacidade para os fracos e transparência para os poderosos”; de outro, a ação da parceria público-privada sobre os indivíduos, que permite que governos e grandes empresas descubram cada vez mais sobre os usuários de internet e escondam as próprias atividades, sem precisar prestar contas de seus atos (BOITEMPO EDITORIAL, 2013).

A análise do contexto individual de Assange deixa clara a necessidade de proteção internacional, uma vez que ainda não surgiram provas de que ele seja de fato um criminoso comum. Conforme já colocado, de acordo com a legislação sobre asilo político, o governo Britânico teria a obrigatoriedade de emitir o salvo-conduto para casos desta natureza<sup>8</sup>. Diante do impasse causado pela negação do salvo-conduto pelas autoridades britânicas, Assange se vê obrigado a

---

<sup>8</sup> O caso de Assange se assemelha com o litígio mundialmente conhecido como “caso Haya de La Torre”, que envolveu a Colômbia e o Peru e que foi julgado pela Corte Internacional de Justiça. O litígio teve início em 1949, quando Victor Raúl Haya de La Torre, presidente do Partido Aprista do Peru, solicitou ser acolhido pela Colômbia como asilado político, por se sentir ameaçado pelo governo do seu país de origem. Após conceder o asilo, o governo colombiano solicitou o salvo-conduto ao governo peruano, que o negou por considerar Haya de La Torre um criminoso comum. A partir de então, o governo peruano passou a exigir a sua extradição, que foi negada pelo governo colombiano. O caso foi a julgamento na CIJ em 1950, que decidiu de forma contraditória que o Estado não está obrigado a conceder o salvo-conduto, ainda que outro Estado tenha concedido asilo em sua embaixada. A questão apenas foi solucionada de fato em 1954, quando os dois países chegaram a um acordo que determinava a entrega do asilado ao governo peruano, que por sua vez, deveria se responsabilizar pela retirada de Haya de La Torre do seu território. Anos mais tarde, o ex-presidente do Partido Aprista do Peru, recuperou os seus direitos políticos no Peru (RONINGER, 2010).

permanecer na Embaixada do Equador, onde apenas pode usufruir do asilo diplomático, uma situação que deveria ser transitória de acordo com a legislação internacional.

Dessa forma, percebe-se que no caso Battisti, o Estado brasileiro admitiu o *status* de refugiado ao italiano mesmo diante da posição negativa a respeito do caso apresentada pelos órgãos responsáveis no Brasil. Dessa forma, o Brasil se comprometeu internacionalmente a proporcionar habitação, alimentação, documentação, trabalho, etc. Assange por sua vez, que adquiriu o *status* de asilado, nem mesmo consegue o salvo-conduto para deixar, em segurança, a embaixada do Equador na Inglaterra. Os dois casos evidenciam a força da soberania estatal na tomada de decisão de processos relativos à asilo e refúgio político.

## 5 CONCLUSÃO

Os dois casos destacados no presente trabalho: Battisti e Assange, demonstram que diferentes formas de acolhida podem ser aplicadas para a proteção internacional de perseguidos políticos. São elas: o refúgio e o asilo. Ambos evidenciam um mercado “caráter humanitário”, pois visam proteger a pessoa humana que sofre perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, convicção política, etc. Portanto, ambos encontram tutela jurídica na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que contribuiu sobremaneira para a universalização de novos valores ao romper parcialmente com paradigmas jurídicos até então adotados e representar um enfrentamento à versão moderna de soberania estatal (SANTOS, 2011).

No entanto, o refúgio, ainda que seja uma prática mais recente, é muito mais amplo do que o asilo, uma vez que obriga o Estado receptor a oferecer políticas de integração local dos refugiados outras obrigações, derivadas das ratificações dos tratados internacionais. A pesquisa demonstrou que tal obrigatoriedade em “submeter” a soberania nacional aos órgãos multilaterais responsáveis pela fiscalização de tais obrigações, fez com que os países Latinoamericanos mantivessem um evidente dualismo entre asilo e refúgio. Os países europeus não diferenciam os mencionados institutos, somente es-

poradicamente utilizando o asilo enquanto uma forma de proteção transitória em legações diplomáticas.

Assim, ficou claro que cada forma de proteção apresenta vantagens e desvantagens. Por exemplo, os direitos previstos na legislação internacional sobre refúgio – tais como direitos econômicos, sociais, culturais, unidade familiar, tratamento digno, entre outros – se tornam indispensáveis para os fluxos migratórios massivos, tão comuns na era na qual vivemos. Por outro lado, a proteção extraterritorial garantida pelo asilo é uma das vantagens dessa forma de proteção que apontam que esta ainda se mantém relevante para a garantia dos Direitos Humanos.

Portanto, ambas as formas de proteção são importantes. De qualquer maneira, a pesquisa demonstrou que se faz necessário novas reflexões sobre o assunto, para que a “confusão” que muitas vezes gira em torno do tema, não leve as duas categorias a se tornarem obsoletas. Além disso, se confirma a necessidade de conscientizar a sociedade a respeito das diferenças entre os dois termos, para que as formas de proteção possam ser aplicadas conforme os seus anseios e a necessidade do solicitante. Isto é, levando em consideração o contexto individual de cada solicitante, bem como o quadro político, institucional e social dos países de origem.

Os casos analisados comparativamente neste artigo demonstram esta necessidade e indicam que, mesmo diante do fortalecimento da agenda Direitos Humanos, a soberania estatal territorial se mantém decisiva nas decisões tocantes aos termos relativos à asilo e refúgio. Battisti conseguiu permanecer no Brasil como refugiado mesmo diante da posição negativa assumida pelos órgãos competentes, em virtude do posicionamento tomado pelo STF e do fortalecimento da condição de refugiado no país após a lei 9.474 de 1997. Assange por sua vez, ainda permanece na embaixada do Equador em Londres, à espera do salvo-conduto que as autoridades britânicas se negam a oferecer.

Assim, pretendeu-se demonstrar que os dois instrumentos jurídicos se fundamentam na solidariedade e na cooperação internacional, o que evidencia a clara proteção aos direitos humanos, e quando se menciona esta importante expressão, que remete a Declaração

Universal dos Direitos Humanos e aos demais tratados universais e regionais sobre o assunto, não há como deixar de referir suas principais características que são a universalidade, a irrenunciabilidade, a limitabilidade, a historicidade, dentre outras.

Dessas características, sublinha-se a historicidade, para retornar a epígrafe desse artigo. Segundo Eduardo Galeano “A história é um profeta com o olhar voltado para trás: pelo que foi e contra o que foi, anuncia o que será”. Da mesma forma que a citação destaca a importância de retomadas históricas, esse texto, procurou retornar ao instituto do asilo desde a Antiguidade Clássica, passando pela Revolução Francesa para terminar contrapondo-o ao que, atualmente, se entende do mesmo, para buscar - talvez - uma adequação do instituto, tornando-o mais atento as mudanças sociais hoje percebidas e sentidas, tanto pelos operadores sociais, como pelos operadores jurídicos dos diversos Estados existentes na sociedade internacional.

## REFERÊNCIAS

### LIVROS

ALMEIDA, Guilherme Assis de. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; ARAÚJO, Nádia. **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Henrique Fische de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádia de e ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CASELLA, Paulo Borba. **Refugiados: conceito e extensão**. ANDRADE, José Henrique Fische de. Breve reconstituição histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nádia de e ALMEIDA, Guilherme Assis de (org.). **O direito**

**internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HANLAN, Hope. Prefacio. In: ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. **El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina.** 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

MENEZES, Wagner. “Direito internacional na América Latina”. 1ª ed. 1.v. Curitiba: Juruá, 2007.

ROLLEMBERG, Denise. **Exílio: entre raízes e radares.** Rio de Janeiro: Record, 1999.

RONINGER, Luis. Exílio massivo, inclusão e exclusão política no século XX. **Dados – Revista de Ciências Sociais,** Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, 2010.

SAN JUAN, Cesar Walter. Informe general de la investigación – El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. In: ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. **El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina.** 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2003.

VALLADÃO, Haroldo T. Asilo territorial y asilo diplomático. In:

COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO. **XII Curso de Derecho Internacional**. Washington: Ediciones Jurídicas de las Américas, 1986.

## ARTIGOS PUBLICADOS EM PERIÓDICOS

SOARES, Carina de Oliveira. Análise das implicações jurídicas do caso “Cesare Battisti”. In: *Âmbito Jurídico.com.br*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9536\\_](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9536_)>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2013.

## JORNAL

FOLHA DE SÃO PAULO. Assange agradece apoiadores e pede que Obama pare de perseguir WikiLeaks. 2012. São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1139757-assange-agradece-apoiadores-e-pede-que-obama-pare-de-perseguir-wikileaks.shtml>> . Acesso em: 20 fev. 2013.

BOITEMPO EDITORIAL. Cypherpunks. 2013. São Paulo. Disponível em: <[http://www.boitempo.com/livro\\_completo.php?isbn=978-85-7559-307-3](http://www.boitempo.com/livro_completo.php?isbn=978-85-7559-307-3)>. Acesso em 20 fev. 2013.

ADDLEY, Esther; TOPPING, Alexandra. Julian Assange será extraditado para a Suécia, decide juiz. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2502201115.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. AGU. 2011. PARECER. In: < [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=155567&id\\_site=3](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=155567&id_site=3)>. Acesso em: 20 fev. 2013.

BRASIL. STF. 2011. EXTRADIÇÃO 1.085. REPÚBLICA ITALIANA. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/GM1085.pdf>> .Acesso em: 19 fev. 2013.

BRASIL. STF. 2011. NOTÍCIAS STF Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181559>> .Acesso em: 19 fev. 2013.

## OUTRAS FONTES

Entrevista de Avelino Capitani concedida à autora, Porto Alegre-RS, 11 de março de 2006.

“Exilados se agrupan.” **Acción**. Montevideo-UY. Año XVI. n.º. 5589. 21 de setiembre de 1964.

MINISTERIO DE LAS RELACIONES EXTERIORES DE CHILE. **Estudios que estaria realizando El Ejército brasileño sobre el establecimiento de guerrillas en Chile**. Embajada de la Republica de Chile en Brasília, 23 de marzo de 1971. Arquivo Histórico do Ministério das Relações Exteriores do Chile. Fundo: Brasil (Ofícios confidenciais enviados pela embaixada do Chile no Rio de Janeiro/Brasília).

MOREIRA, Júlia Bertino. **Política com relação aos refugiados no Brasil (1947-2010)**. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – Universidade Estadual de Campinas. Programa de pós-graduação em Ciência Política (Tese de doutorado), 2012.

# UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO: A APARENTE DICOTOMIA, OU DISCURSO DO MAU SUJEITO

Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>1</sup>  
Fernanda Figueira Tonetto<sup>2</sup>

**Resumo:** A edificação das bases do direito internacional dos direitos humanos chama a atenção para problemas contemporâneos que, por sua dimensão, extravasaram as fronteiras do Estado-nação e tornaram pujantes conceitos como o multiculturalismo e o cosmopolitismo. Por outro lado, o caráter de universalidade dos direitos humanos, necessário à preservação de bens jurídicos pertencentes à humanidade como um todo não exige a construção de uma civilização mundial que desconsidere a existência de diferenças culturais entre os povos. Nesse sentido, o presente artigo intenta analisar a aparente contradição existente entre os discursos que se referem à universalidade dos direitos humanos e ao multiculturalismo, identificando esse último como um elemento novo introduzido no primeiro discurso, servindo como critério de sua alteridade e como garantia de que essa universalidade não represente homogeneização cultural, sendo por isso aqui tratado como sendo um “discurso do mau sujeito”.

**Palavras-chave:** Discurso – direitos humanos – universalidade – multiculturalismo.

**Abstract:** The construction of the foundations of international law

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professora de Direito Processual Civil e Direitos Humanos do curso de Direito da UFSM. Professora Associada do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria.

<sup>2</sup> Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutoranda em Direito Internacional pela Université Paris II Panthéon-Assas. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria. Diretora-Presidente da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

of human rights draws attention to contemporary problems, that for its size, extravasated the boundaries of the nation state and surfacing concepts like multiculturalism and cosmopolitanism. On the other hand, the universal character of human rights, necessary to the preservation of legal assets belonging to humanity as a whole does not require the construction of a world civilization that disregard the existence of cultural differences between peoples. Accordingly, this article tries to analyze the apparent contradiction between the discourses that refer to the universality of human rights and to the multiculturalism, identifying the latter as a new element introduced in the first speech, serving as a criterion for its otherness and as a guarantee that this universality does not represent cultural homogenization, which is the reason why it is treated here as a “discourse of the bad person”.

**Key-Words:** Speech - human rights - universality – multiculturalism.

**Resumé:** La construction des fondements du droit international des droits de l’homme attire l’attention sur les problèmes contemporains qui, pour sa taille, extrapolent des frontières de l’État-nation et qui, donc, apportent concepts puissants comme le multiculturalisme et le cosmopolitisme. D’autre part, le caractère universel des droits de l’homme, qui est nécessaire à préserver des biens juridiques appartenant à l’humanité dans son ensemble ne nécessite pas la construction d’une civilisation mondiale qui ignore l’existence de différences culturelles entre les peuples. En conséquence, cet article tente d’analyser l’apparente contradiction entre les discours qui se réfèrent à l’universalité des droits de l’homme et du multiculturalisme, en identifiant ce dernier comme un nouvel élément introduit dans le premier discours, lequel sert comme critère pour son altérité et comme une garantie que cette universalité ne représente pas l’homogénéisation culturelle, raison pour laquelle il est traité ici comme un «discours du méchant».

**Mots-clés:** Discours - droits de l’homme - l’universalité - le multiculturalisme.

## 1 INTRODUÇÃO

Os processos de globalização da economia, cujo ápice se fazem sentir na contemporaneidade, e as conseqüências muitas vezes devastadoras de seus efeitos, são objeto de preocupação dos pensadores da política, da sociologia, da filosofia e do direito, o que acaba culminando na discussão relativa ao dever de observância aos

preceitos atinentes à dignidade humana, consagrados pelo direito internacional dos direitos humanos.

A necessidade de se buscar estratégias de redução das desigualdades entre Estados e de se edificar uma justiça distributiva global tem sido bastante debatida nas últimas décadas, exatamente quando a humanidade começa a se aperceber da ineficiência da busca de soluções locais para problemas globais, que extravasam as fronteiras políticas dos Estados e que não podem ser resolvidas a partir da perspectiva estadocêntrica, erguida sob o prisma Westfaliano. Daí partem outras discussões, como a emergência de uma sociedade cosmopolita fulcrada em valores universais em contraposição à dificuldade de conciliar-se esse novo paradigma com a preservação das diferenças culturais entre os povos, já que o universalismo gera o risco da homogeneização cultural.

A sociedade de hoje vivencia de fato vicissitudes que são globais, que extravasam as fronteiras e que há muito deixaram de ser problema de um determinado Estado-Nação, ou de Estados-Nação determináveis: assim se dá com a transnacionalização dos delitos, o terrorismo, os danos ambientais, as guerras civis, as recorrentes tentativas de limpezas étnicas, a intolerância religiosa, tudo isso a exigir a edificação de um marco global que fortaleça a prática de uma justiça de corte cosmopolita, amparada em valores comuns da humanidade, e que ao mesmo tempo seja garantidora do respeito aos direitos humanos, universais por sua natureza, com o desafio de que tal não acarrete o indesejado desrespeito à diversidade cultural.

Nesse sentido, e para ainda mais acirrar esse debate, o sempre atual pensamento político de Immanuel Kant merece ser mais uma vez lembrado, em especial nas bases lançadas nos opúsculos *Ideia de uma Justiça Universal com Propósito Cosmopolita* e *A Paz Perpétua*, muito facilmente aplicáveis a problemas contemporâneos como aqueles relacionados à dignidade da pessoa humana, a importância do indivíduo como sujeito de direito internacional, o multiculturalismo e o cosmopolitismo, que relativizam o conceito de soberania diante da existência de metavalores superiores à própria concepção de Estado.

O século XX foi possivelmente o século em que as maiores atrocidades foram cometidas contra os direitos comuns da humani-

dade: guerras, torturas, violações, genocídios, cerceamentos à liberdade de expressão e à igualdade entre homens e mulheres, pobreza, desrespeito ao direito de hospitalidade universal que possui todo ser humano independentemente da sua qualidade de nacional de um país, racismo, anti-semitismo e desigualdade, todos conseqüências diretas da ausência de tolerância. Não é sem razão o século que se desejou tão rapidamente esquecer<sup>3</sup>.

Mas o século XX foi também aquele em que se edificaram bases fortes para a construção de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, esteio principal da ideia de universalidade de direitos, podendo-se citar como marco inicial a Declaração Universal de 1948 e, no seu findar, a criação de uma jurisdição internacional permanente, com competência para julgar crimes de alta censurabilidade cometidos contra bens jurídicos que se constituem em metavalores ou sobreprincípios .

Foram as experiências comoventes do passado as impulsionadoras da evolução, como que a todo momento confirmando o pensamento kantiano de que as guerras (aqui entendidas em sentido amplo, como violações aos direitos humanos) impulsionam a melhora da humanidade.

No início do século XXI, devem ficar as lembranças de um passado traumático, como garantia de não-repetição, com a advertência de que a preservação dos direitos humanos passa pelo respeito às identidades culturais dos diferentes povos, sem que a edificação de um direito cosmopolita, necessário à preservação de valores universais, signifique a construção de uma civilização mundial, mas que, ao contrário, possa ser edificada sobre pilares que tenham como fundamento a própria diversidade.

Toda essa edificação do conteúdo valorativo dos direitos humanos deve passar pela análise do conteúdo do discurso que lhe é ínsito, aqui incluída a ideia de que os direitos humanos possuem a característica da universalidade, com conteúdo cosmopolita, portanto.

Mas tal concepção de cunho cosmopolita merece ser comparada com outra temática, que ora pode ser vista como um discurso

---

<sup>3</sup>JUDT, Tony. *Reflexões sobre um século esquecido, 1901-2000*. Tradução Celso Nogueira. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

diverso, ora como um contraponto dentro de um mesmo discurso, que é justamente a ideia de necessidade de preservação das diferentes culturas frente a uma comunidade universal de valores, partindo-se da premissa de que alguns direitos são universais sem que para sua preservação haja necessidade de uniformização cultural ou homogeneização.

Essa é, em última análise, a proposta do presente texto: urge debater e questionar os elementos que se encontram inseridos, de um lado, no discurso atinente à universalidade dos direitos humanos e, de outro, em um novo elemento dessa formação discursiva, que é justamente o discurso do multiculturalismo, fazendo-se necessário analisar se são compatíveis ou incompatíveis, ou se um é apenas uma espécie de discurso do “mau sujeito”, contraposto apenas a alguns elementos internos da primeira formação discursiva, já que questiona alguns saberes em que ele próprio se encontra incluído. É possivelmente o que ocorre entre os discursos que se ocupam, de um lado, da universalidade e cosmopolitismo dos direitos humanos e, de outro, do denominado multiculturalismo e é justamente esse o cerne da presente discussão.

Para tanto, primeiramente serão analisadas as principais ideias que formam o discurso relativo ao cosmopolitismo e à universalidade dos direitos humanos, em especial a partir da filosofia política de Immanuel Kant (ao explicar as raízes do cosmopolitismo, que tem como causa a insociabilidade humana), bem como aquelas que dizem respeito ao multiculturalismo, para, posteriormente, analisar ambas enquanto discursos diferentes ou como sendo um deles uma proposição dentro de um mesmo discurso, ocasião em que serão utilizadas algumas noções atinentes à formação discursiva, em especial as trazidas por Michel Foucault e Michel Pêcheux.

## 2 A POSSÍVEL COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE AS IDÉIAS DE MULTICULTURALISMO E DE UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 Os Alicerces de um Mundo Civilizado sem Civilização Mundial

Sérgio Vieira de Mello, diplomata brasileiro, exemplo da defesa dos direitos humanos, e vítima “*desse demônio, a história mundial*”, para usar a expressão que ele mesmo tomou por empréstimo de Hannah Arendt<sup>4</sup>, era, assim como Kant, um otimista, não partidário da crença de que a história tivesse chegado ao fim. Também tinha ciência ele, juntamente com Kant, que a comunidade mundial, no estágio em que chegou, encontra-se em um ponto em que qualquer atentado em um local da Terra pode-se fazer sentir em quaisquer outros, sendo essa a base fundamental de um direito que possa ser compreendido como verdadeiramente cosmopolita. Foi assim que, já em 1795, escreveu Kant, no terceiro artigo definitivo para a Paz Perpétua<sup>5</sup>:

Ora, como se avançou tanto no estabelecimento de uma comunidade (mais ou menos estreita) entre os povos da Terra que a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétuas, em cuja aproximação é possível encontrar-se só sob essa condição.

Mas tal conclusão precisa ser devidamente entendida a partir da compreensão da totalidade do pensamento do filósofo prussiano,

---

<sup>4</sup>MELLO, Sérgio Vieira. *Discurso proferido na abertura da 59ª sessão da Comissão de Direitos humanos da ONU*. In MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Sérgio Vieira de Mello – pensamento e memória*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, PP. 203-212.

<sup>5</sup>KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 2009, p. 151.

em especial a partir do opúsculo *Ideia de uma justiça universal com propósito cosmopolita*, escrito anteriormente, em 1784, em que Kant, por meio de nove proposições, afirma que a humanidade está caminhando para a evolução, afirmação essa que tece com base na análise da história, que o faz concluir que seu fluxo desenvolve-se com um fio condutor, um *leitfaden*, o que atribui a um plano oculto da Natureza.

Com essa premissa, Kant sustenta que para cumprir seu propósito, a natureza não é perdulária em dotar os seres humanos de certos atributos, dentre eles a *sociabilidade insociável* (quarta proposição), que significa a tendência dos homens de viverem em sociedade (daí sua sociabilidade), mas de, a todo momento, desejar romper com suas regras (eis aqui a insociabilidade).

Assim explica Kant a quarta proposição<sup>6</sup>:

O homem tem uma inclinação para entrar em sociedade, porque em semelhante estado se sente mais como homem, isto é, sente o desenvolvimento de suas disposições naturais. Mas tem também uma grande propensão em *isolar-se*, porque depara ao mesmo tempo em si com a propriedade insocial de querer dispor de tudo ao seu gosto e, por conseguinte, espera resistência de todos os lados, tal como sabe por si mesmo que, da sua parte, sente inclinação para exercitar a resistência contra os outros.

Para Kant, essa *sociabilidade* fez com que os homens saíssem do estado de natureza e se unissem em torno de uma constituição civil, as *cercas* que moldam seu comportamento, sendo a *insociabilidade* justamente o instrumento de evolução da humanidade, que a todo tempo precisa desenvolver estratégias de solução de conflitos, cada vez mais elaborados.

Muito embora tenha a humanidade evoluído sob esse aspecto, para Kant, os Estados, entre si, nas relações bilaterais e multilaterais que estabelecem, se encontrariam ainda, assim como os homens no passado remoto, em verdadeiro estado de natureza, e aqui já se pode visualizar a tensão sobre as violações de direitos humanos

---

<sup>6</sup> Op. Cit, p. 24.

no interior dos Estados, amparados no princípio da soberania e no ultrapassado princípio de direito internacional público de não-inge-  
rência nos assuntos internos.

Quanto a esse aspecto, Kant tem uma expectativa otimista também no que diz respeito ao futuro das relações internacionais, acreditando que os Estados sairão do *estado caótico* de suas inter-relações, ou do estado de natureza que se encontram nas suas vinculações uns com os outros, e que o fio condutor da história mundial os levará à última geração da humanidade, que habitará a *mansão* da civilidade máxima, o que poderíamos denominar como verdadeiro cosmopolitismo.

Em *Ideia*, Kant ainda era partidário da premissa de que os Estados evoluiriam para a existência de um poder supremo, mas posteriormente, reconhecendo seu equívoco, modifica seu pensamento, reconhecendo, em *Paz Perpétua*, o mal de uma monarquia universal e propondo a vantagem de uma federação de Estados livres<sup>7</sup>.

Esse entendimento é comungado por Hannah Arendt<sup>8</sup>, sustentando o perigo de um governo mundial:

Qualquer que fosse a forma que pudesse assumir um governo mundial com poder centralizado em todo o planeta, a própria noção de uma força soberana a governar toda a Terra, com o monopólio de todos os meios de violência, sem controle e verificação por parte de outros poderes soberanos, não é apenas um pesadelo ameaçador de tirania, mas seria o fim de toda vida política, tal como a conhecemos. Os conceitos políticos se baseiam na pluralidade, diversidade e limitações mútuas. (...). O estabelecimento de um Estado soberano mundial, longe de ser o pré-requisito da cidadania mundial, seria o fim de qualquer cidadania. Seria não o clímax da política mundial, mas seu fim absolutamente literal.

Com essa premissa de necessidade de construção de uma federação de Estados livres, de forma republicana, Kant começa a melhor edificar a ideia de *ius cosmopolitanicum* e tecer conceitos que

---

<sup>7</sup>Op. Cit., p. 160.

<sup>8</sup>ARENDDT, Hannah. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 90.

são as bases do caráter universal e indivisível dos direitos humanos, no sentido de que a existência de direitos da pessoa humana não é decorrente do pertencimento a um determinado Estado-nação, mas sim inerente à sua própria condição humana.

Kant sustenta a existência de um direito de hospitalidade universal por parte dos seres humanos, que advém da posse originária de todos sobre a superfície da Terra, inspirando-se na doutrina de seu antecessor, Hugo Grotius<sup>9</sup>, que já no século anterior discorria sobre o direito natural dos homens de não sofrerem perseguição, direito esse que posteriormente, em 1948, foi insculpido pelo artigo XIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>10</sup>, uma das bases legais do direito internacional dos direitos humanos para os refugiados.

Vem de Hugo Grotius também o primeiro esteio do princípio da justiça universal, ao afirmar que para aqueles crimes que afetassem de alguma maneira a sociedade humana, os outros Estados teriam o direito de buscar a punição do culpado, não sendo eles limitados a punir apenas seus súditos<sup>11</sup>.

Nessa sentido, embora Kant, seu sucessor, tenha avançado ao impor a característica da universalidade dos direitos humanos, baseada na premissa do direito de hospitalidade universal e de que os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, conferindo-lhe também, portanto, a ideia de indivisibilidade, propunha que tais regras constassem em um código não-escrito e, sendo assim, limitado à moral.

Apesar dessa limitação no que tange à coercitividade, seu pensamento, no entanto, formou um verdadeiro alicerce para a construção dos direitos humanos, já que premissas dessa natureza hoje passam a fazer parte das normas de *ius cogens*, dotadas de imperatividade pelo costume imposto à comunidade internacional e informativas de marcos legais supervenientes, a começar pela própria

---

<sup>9</sup> GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*. Tradução M. P. Pradier-Fodéré. Paris: Librairie de Guillaumin et cie, 1867.

<sup>10</sup> Artigo XIV. 1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

<sup>11</sup> *Idem*.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de modo subsequente pelos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e outras normas dotadas de supranacionalidade, além, certamente, do direito nacional dos direitos humanos existente dentro dos diversos Estados que formam a comunidade internacional.

Apesar do conteúdo mais ou menos restrito atribuído ao direito de hospitalidade universal tecido por Kant, ao afirmar que hospitalidade significa “o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro”<sup>12</sup>, hoje a noção de hospitalidade universal pode ser perfeitamente ampliada para ser compreendida como o dever a todos imposto de respeitar o diferente e de reconhecer o outro como ser humano, independentemente de suas diferenças culturais<sup>13</sup>.

Aqui está o cerne da conjugação entre a universalidade dos direitos humanos e o relativismo cultural, amplamente debatidos na Convenção de Viena de 1993, formulada por ocasião da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, conjugação essa que é a única capaz de impedir a imposição de um padrão civilizatório a todos os povos da Terra, mediante a prática do respeito às diferentes culturas sem que para isso se descure da premissa de que, independentemente das diferenças, todos são portadores dos mesmos direitos, aqui considerados os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e que fazem parte de uma comunidade de valores.

Diz o artigo 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

---

<sup>12</sup> Op. Cit., p. 148.

<sup>13</sup> A esse propósito, é elucidativa a releitura feita por Jacques Derrida no que diz respeito ao princípio da hospitalidade universal, in *De l'hospitalité*.

Dessa proposição pode-se depreender que não há conflito entre a universalidade dos direitos humanos, fulcrados no princípio da dignidade da pessoa humana, e o relativismo cultural, significando com isso que as peculiaridades de cada cultura definem o significado de dignidade para cada pessoa individualmente considerada, mas com a premissa de que independentemente das diversas variações culturais, que possam modificar o teor axiológico das normas, existe um padrão mínimo de dignidade da pessoa humana que deve ser respeitado, sem que tal signifique desrespeito à diversidade ou homogeneização.

## 2.2 A Proteção dos Direitos Humanos sem Homogeneização Cultural

Em *Origens do totalitarismo*<sup>14</sup>, analisando a tragédia do holocausto, afirmou Hannah Arendt que o anti-semitismo, o imperialismo e o totalitarismo seriam os três pilares de um mundo em que muitas rupturas foram cristalizadas e em que a dignidade humana passou a precisar de “*nova garantia, somente encontrável em novos princípios políticos e em uma nova lei na terra, cuja vigência dessa vez alcance toda a humanidade*”<sup>15</sup>.

Quando Sérgio Vieira de Mello sugeriu a necessidade de se evitar a homogeneidade e abraçar as diferenças, focando em percepções comuns, é possível incluir mais um pilar no nascedouro dos conflitos humanos: o nacionalismo ou os micronacionalismos, fonte de tantas guerras civis e conflitos internos<sup>16</sup>.

Na aula inaugural ministrada no Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais da Universidade de Genebra, Suíça, em novembro de 2000, Vieira de Mello questionava até que ponto se deveria descer às particularidades de cada povo para formar um Estado-Nação, ou até que ponto seria aconselhável a existência de

---

<sup>14</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

<sup>15</sup> Op. Cit., p. 13.

<sup>16</sup> VIEIRA DE MELLO, Sergio. *A Consciência do Mundo: a ONU diante do Irrracional da História*. In. MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Sérgio Vieira de Mello – pensamento e memória*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

uma *civilização mundial*<sup>17</sup>.

Sérgio Vieira de Mello assim questiona o perigo do micronacionalismo e seus desafios<sup>18</sup>:

O primeiro grande desafio que, em grande parte, fomos incapazes de assumir, durante os últimos trinta anos, terá sido o de satisfazer às aspirações de identidade nacional sem que resultasse numa afirmação violenta, numa ruptura do diálogo, da confiança mútua e, a longo prazo, numa secessão, num divórcio sangrento chamado guerra civil. Muitos conflitos, assim como a expansão do micronacionalismo, poderiam ter sido evitados ou, pelo menos, contidos, mitigados e superados, se essa preocupação tivesse constituído o centro de uma estratégia internacional de prevenção. Essa constatação continua válida para poupar as gerações presentes e futuras dos mesmos extremos sofrimentos, absolutamente inúteis, vividos por tantos povos em todos os continentes nestas últimas décadas.

Posteriormente, em 2002, discorrendo sobre a inconveniência de criação de uma civilização mundial, Vieira de Mello chamou a atenção para os riscos da homogeneização e para a conveniência do respeito às diferenças, assim afirmando<sup>19</sup>:

Devo confessar que sou ainda mais cético quanto a tentar uma definição de “civilização mundial”, que para mim tem conotações assaz alarmantes de pan-uniformidade. O melhor que posso fazer é, primeiramente, sugerir que deveríamos evitar a homogeneidade e abraçar a diferença; e, secundariamente, sugerir que focar em percepções comuns de dignidade humana pode ser mais proveitoso do que a busca de uma civilização mundial.

De fato, o significado da ideia de cosmopolitismo não é de forma alguma sinônimo da concepção que visaria o nascimento de uma civilização mundial. Cosmopolitismo tem também como pressuposto o respeito à diversidade cultural e à aceitação do conjunto de direitos de cada ser humano, analisado na sua individualidade,

---

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Op. Cit., p. 71.

<sup>19</sup> Op. Cit., p. 152.

com reciprocidade pelas diferentes culturas, o que inclui o conceito de respeito à dignidade. Daí a sua incompatibilidade com o anti-semitismo, o imperialismo e o totalitarismo. Inclui-se, aqui, pelas mesmas razões os nacionalismos exacerbados, ou micronacionalismos, para concluir com Hannah Arendt<sup>20</sup>, que o grande causador dos horrores da II Guerra Mundial, em especial da Alemanha nazista, foi justamente uma forma particular e disseminada de nacionalismo, porém compreendido de forma mais ampla:

Os nazistas não eram meros nacionalistas. Sua propaganda nacionalista era dirigida aos simpatizantes e não aos membros convictos do partido. Ao contrário, este jamais se permitiu perder de vista o alvo político supranacional. O “nacionalismo” nazista assemelhava-se à propaganda nacionalista da União Soviética, que também é usada apenas como repasto aos preconceitos das massas. Os nazistas sentiam o genuíno desprezo, jamais abolido, pela estreiteza do nacionalismo e pelo provincialismo do Estado-nação.

Ainda na esteira de ampliação do conteúdo do direito de hospitalidade universal e da necessária criação de uma ordem cosmopolita fundada na universalidade dos direitos humanos, se torna importante mencionar o pensamento político de Jürgen Habermas, no aspecto em que tentou aprimorar o ideal kantiano de estabelecer um marco global para a paz e, conseqüentemente, para a proteção desses direitos, sem que para isso houvesse necessidade de criação de uma civilização mundial.

Tal é o enfrentamento de Habermas, em *A inclusão do outro*, oportunidade em que explica o longo processo por que passou o Estado-nação enquanto protagonista da ideia de identidade cultural, edificando algumas bases para a construção de um mundo civilizado sem civilização mundial, com respeito às diferenças e à dignidade humana, propondo a sublimação ao direito de cunho eminentemente nacional para um corte cosmopolita, o que na ideia de Kant significaria a evolução da humanidade da animalidade para o máximo de civilidade<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Op. Cit., p. 23.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. George Sperber e Paulo Astor

Eis a proposta de Habermas de criação de um poder mundial sem governo mundial, que se associa ao pensamento final kantiano no sentido da premência de uma federação de Estados livres.

Habermas afirma que no Estado Moderno a Nação desempenhou um papel catalisador, no sentido de que criou uma “*coesão solidária*” entre pessoas até então estranhas, sendo esse o principal mérito do Estado nacional: “*com base em um novo modo de legitimação, ele tornou possível uma nova forma de integração social mais abstrata*”<sup>22</sup>.

Assim explica Habermas<sup>23</sup>:

Apenas a consciência nacional que se cristaliza em torno da percepção de uma ascendência, língua e história em comum, apenas a consciência de se pertencer a *um mesmo* povo torna os súditos cidadãos de uma unidade política partilhada – torna-os, portanto, membros que se podem sentir responsáveis *uns pelos outros*. A nação ou o espírito do povo – a primeira forma moderna de identidade coletiva – provê a forma estatal juridicamente constituída de um substrato cultural.

Tal processo longo fez com que as pessoas unidas a um determinado Estado-Nação se sentissem também como sendo pertencentes a uma determinada cultura. Daí a relação existente entre cidadania e unicidade cultural.

No entanto, no curso da história, “*permitiu-se que a tensão entre o universalismo de uma comunidade jurídica igualitária e o particularismo de uma comunidade histórica que partilha de um mesmo destino integrasse na conceitualidade do Estado nacional*”<sup>24</sup>, o que, para Habermas, gerou um perigo que só pode ser sanado ao se adotar um “*conceito naturalista de povo*”<sup>25</sup>.

Assim, como solução para contemporizar e harmonizar as diferentes culturas que ao longo do tempo foram se formando dentro de cada Estado-Nação, Habermas, a partir do que denomina *face de*

---

Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

<sup>22</sup> Op. Cit., p. 128.

<sup>23</sup> Op. Cit., p. 129-130.

<sup>24</sup> Op. Cit., p. 132.

<sup>25</sup> Op. Cit., p. 132.

*Janus da Nação*, propõe a reconciliação histórica entre nacionalismo e republicanismo, afirmando que a República (o que já propunha Kant, nos artigos definitivos para a Paz Perpétua) pode ser o catalisador das diferenças culturais dentro desse mesmo Estado-Nação.

Defende então a ideia de patriotismo constitucional e a necessidade de os nacionais de um Estado se unirem em torno de um pacto à sua Constituição, e não à sua cultura, cuja heterogeneidade deve e merece ser respeitada. Esse é o sentido da ideia de existência de uma Nação Constitucional, e não de uma Nação cultural, contrariando qualquer tentativa de homogeneização e, assim como Sérgio Vieira de Mello, negando a existência de uma civilização mundial.

Em complementação a esses postulados, ainda, em *Constelação pós-nacional*, Habermas afirma que a garantia da preservação da paz e dos direitos humanos deve ser feita em três níveis distintos, mas interconectados: nacional, internacional e supranacional, destacando o papel das Nações Unidas e das Cortes Penais Internacionais e, especialmente, retirando do Estado-Nação o papel de único protagonista das relações internacionais, devendo voltar-se a comunidade internacional para aquele que deve ser o principal destinatário da proteção global: o ser humano<sup>26</sup>.

Assim, o universalismo dos direitos humanos deve ser bem entendido como sendo estritamente a ideia de que o direito à dignidade de todo e qualquer ser humano deve ser preservado, independentemente de seu pertencimento a uma determinada cultura, sendo, por essa razão, universal, o que, por si só, não significa desrespeito à concepção de multiplicidade dessas culturas, como pode fazer crer a análise compartimentada de cada um dos discursos correspondentes, como se propõe analisar.

---

<sup>26</sup> HABERMAS, Jürgen. *Constelación posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000.

### 3 ANÁLISE DOS DISCURSOS: DO UNIVERSALISMO AO MULTICULTURALISMO

#### 3.1 A Aparente Contradição – universalistas e relativistas

Após breve ensaio acerca da formação das idéias que compõem o tema da universalidade dos direitos humanos e do multiculturalismo, faz-se mister analisar o que representam cada uma delas para, posteriormente, analisar-se se ambos, enquanto discursos, são compatíveis ou incompatíveis entre si.

Por ocasião da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento base do Direito Internacional Humanitário e ponto de partida de diversos instrumentos normativos que desde então passaram a reger a matéria, muito se debateu sobre a ideia de universalidade dos direitos humanos e do porquê de sua existência assim considerada.

Pode-se pontuar nesse contexto histórico específico o surgimento do discurso no sentido de que os direitos humanos são universais, mas com a necessidade de o termo “universalismo” ser bem compreendido. Isso porque independentemente do pertencimento de uma determinada pessoa a um determinado Estado-nação, seus direitos, especialmente aqueles relacionados ao exercício de sua dignidade, devem ser preservados por força de sua própria condição humana, sem que tal apresente qualquer espécie de relação com um determinado *status* de cidadania ou da condição de nacional.

Em outras palavras, o universalismo dos direitos humanos diz respeito ao fato de que os direitos elencados nos diversos instrumentos protetivos, pertencem a todo ser humano, encontrando-se ele sob as mais diversas situações e independentemente de sua adequação a esta ou aquela cultura.

A necessidade de se alcançar e de se reconhecer a existência de um padrão de direitos mínimos e ao mesmo tempo válidos para toda a humanidade passa a ser latente especialmente após as duas guerras mundiais, período em que o cometimento das mais diversas atrocidades acabou por impulsionar uma construção que remonta ao direito internacional humanitário, surgido justamente com vistas a

reduzir os danos decorrentes desses conflitos e que tem como primeiros e principais instrumentos normativos a constituição da Liga das Nações pelo Tratado de Versalhes em 1919 e as quatro Convenções de Genebra e protocolos adicionais, em especial a terceira, sobre proteção dos prisioneiros de guerra, firmada em 1929, e a quarta, assinada em 1949.

Posteriormente, desenvolveu-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial a partir da II Guerra Mundial, tendo como marcos principais a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, que auxiliaram a cunhar os conceitos de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, fulcrados em valores universais e mais detidamente desenvolvidos com os diversos tratados internacionais que se seguiram.

A partir de toda essa construção elaborada ao longo do século XX, diversos conceitos que eram até então sacramentados foram re discutidos, ganhando novos contornos, destacando-se o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional.

Por outro lado, tornou-se evidente também a necessidade de que, em virtude das graves violações havidas contra os direitos humanos, fosse consolidado um ordenamento protetivo válido sem limitação geográfica, por essa razão entendido como um aparato normativo e principiológico dotado de legitimidade global, não condicionado a espaços territoriais demarcados e inclusive oponível aos Estados.

Assim se deu então a cristalização do direito internacional dos direitos humanos, que passaram a ser dotados da característica da universalidade, o que não significou naquele contexto e de fato não significa atualmente, no entanto, desrespeito às diferenças culturais existentes dentro de cada Estado-nação, no sentido de que o atributo da universalidade não autoriza a indesejada uniformidade cultural.

De fato, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, assim como os demais aparatos normativos subseqüentes, possuem denominadores comuns que tocam a toda e qualquer pessoa, independentemente do contexto cultural em que se encontrem, os quais decorrem do conceito de dignidade humana e que não

admitem nenhuma espécie de relativização.

São padrões mínimos de um núcleo de direitos dos quais advém a possibilidade de cada ser humano individualmente considerado exigir respeito às garantias asseguradas, e isso frente à ordem mundial considerada de forma ampla. Trata-se, ainda, do reconhecimento de que a humanidade possui alguns valores que são de fato globais, podendo-se, aqui, citar o exemplo dos crimes internacionais, no sentido de que, como afirma Mireille Delmas-Marty, eles exprimem “o reconhecimento de valores comuns, universais, ou pelo menos universalizáveis”<sup>27</sup>, sob um ponto de vista jurídico, ético e filosófico.

Porém, esse universalismo não significa que não haja relativização axiológica no que pertence ao conteúdo de cada um desses direitos, relativização essa que possui um vetor cultural e que tem como norte os valores de cada comunidade individualmente considerada.

Trata-se da inserção da corrente relativista no discurso do universalismo, conforme explica Flávia Piovesan<sup>28</sup>:

A concepção universal dos direitos humanos demarcada pela Declaração sofreu e sofre, entretanto, fortes resistências dos adeptos do movimento do relativismo cultural. O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: podem elas ter um sentido universal ou são culturalmente relativas? Essa disputa alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida em que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais o Estado deve se conformar.

Flávia Piovesan prossegue explicando que, no entanto, considerando que a noção de direitos fundamentais varia de acordo com as diferentes culturas e os diferentes povos, para os relativistas não haveria como formar-se uma moral universal.

Tal concepção é rechaçada pela denominada corrente universa-

<sup>27</sup> In *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004, p.63.

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 221.

lista, à medida em que entendem que o relativismo pode ser utilizado como subterfúgio às graves violações de direitos humanos, sob o argumento de que determinadas práticas são aceitas em virtude da tradição cultural de um povo.

Assim, ainda que aparentemente difícil a tarefa, imperioso que sejam conjugadas e conciliadas ambas as acepções, conforme afirma Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>29</sup>, no sentido de se compreender que “*a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos*”.

Como demonstra Flávia Piovesan<sup>30</sup>, sob essa acepção, o debate restou bastante elucidado especialmente por força do que dispôs o §5º da Declaração de Viena, de 25 de junho de 1993, que assim dispôs<sup>31</sup>:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Essa interpretação já vem sendo dada pela Corte Européia de Direitos Humanos, que reconhece uma margem nacional ou cultural de apreciação dos direitos humanos, sem contudo lhe retirar a característica da universalidade, como bem explica Mireille Delmas-Marty<sup>32</sup>:

S’agissant du droit positif des droits de l’homme, l’universel ne s’oppose pas au relatif.  
Ainsi la CEDH admet la diversité des droits nationaux chaque

<sup>29</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras*, p. 173.

<sup>30</sup> Op. Cit., p. 225.

<sup>31</sup> Vienna Declaration, UNdoc A/CONF, 157/22, 6 July 1993, Sec. I, § 5º.

<sup>32</sup> In *Le relatif ET l’universel*, p. 65.

fois qu'elle reconnaît une “marge d'appréciation”, réservant une sorte de droit à la différence pour chaque État, donc un certain relativisme. Elle y parvient avec plus ou moins de bonheur, mais, si l'on prolongue la métaphore, cela revient à admettre que le même tableau est construit selon des lignes de perspective multiples correspondant à plusieurs observateurs placés en des lieux différents du tableau<sup>33</sup>.

Assim, o respeito às diferenças culturais entre os povos insere-se como um elemento a mais no conceito de direitos humanos, que nem por isso deixa de ser universal, mas que ganha o atributo da não-homogeneização cultural e, ao mesmo tempo, da obrigação de ser interpretado com a preservação e o respeito à diversidade, sem que tal seja incompatível com todas aquelas acepções que dizem respeito ao caráter de universalismo dos direitos humanos.

É nesse sentido que o multiculturalismo, enquanto discurso, inclui-se no discurso do universalismo como adinículo novo, sem que com ele seja incompatível, podendo ser entendido como um discurso dentro de outro discurso, o que se pode designar, enfim, como *discurso do mau sujeito*.

### 3.2 O Multiculturalismo como Discurso do Mau Sujeito

A fim de que alcance a necessária validade e legitimidade, o universalismo das normas que regem o conjunto dos direitos humanos deve ser interpretado em consonância com os diferentes valores ínsitos a cada cultura e, mais ainda, às diversas culturas existentes nos mais diversificados espaços territoriais. Trata-se do universalismo sem homogeneização cultural já falado.

Daí a necessidade de introduzir-se um elemento novo ao

---

<sup>33</sup> Em se tratando do direito positivo dos direitos humanos, o universal não se opõe ao relativo. Assim a CEDH admite a diversidade dos direitos nacionais cada vez que ela reconhece uma “margem nacional de apreciação”, reservando uma espécie de direito à diferença para cada Estado, portanto um certo relativismo. Esse relativismo é alcançado com maior ou menor êxito, ao se prolongar as comparações, o que significa admitir que um mesmo quadro é construído segundo linhas de múltiplas perspectivas, às quais correspondem aos múltiplos observadores colocados em diferentes locais desse quadro. (Tradução livre pela autora).

discurso da universalidade dos direitos humanos que é justamente o multiculturalismo, devendo, antes disso, ser bem entendido o conceito de discurso como sendo algo que ocupa um lugar entre o pensamento e a palavra, entre o falar e o pensar, ou um pensamento revestido por signos e tornado visível pelas palavras – tomando por empréstimo o conceito de discurso trazido por Michel Foucault<sup>34</sup>, ou então como sendo a ideologia manifestada por meio de palavras, para usar a aceção de Michel Pêcheux<sup>35</sup>.

Para se qualificar o multiculturalismo como o discurso do mau sujeito, incluído dentro do discurso da universalidade dos direitos humanos, toma-se por empréstimo as lições de Freda Indursky<sup>36</sup>, que propõe analisar a questão da formação discursiva como uma “sucessão de acontecimentos dispersos”, sob a ótica de Michel Foucault na obra *Arqueologia do saber*, com o intuito de tecer questionamentos em torno da formação discursiva, contrastando seu entendimento com as formulações de Michel Pêcheux, naquilo em que ambas as formulações divergem, em especial no que diz respeito à questão da inserção da ideologia no discurso.

Para Foucault, um discurso se forma com certa ordem e mediante algumas regras mais ou menos regulares, as quais determinam uma espécie de homogeneidade à formação discursiva. Essa regularidade significa a existência de uma verdadeira harmonia no aparecimento e na dispersão dos discursos, não sendo, porém, a ideologia um princípio organizador do processo de surgimento e permanência dos discursos<sup>37</sup>.

Afirma Indursky que, ao contrário de Foucault, Pêcheux entende existir uma relação entre discurso e ideologia, para quem a formação discursiva possui enunciados que se relacionam com a

---

<sup>34</sup> In *A Ordem do Discurso* – aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970.

<sup>35</sup> PÊCHEUX, Michel. *O discurso: estrutura ou acontecimento*. Tradução Eni Pulcinelli Orlandi. Campinas: Pontes, 1997.

<sup>36</sup> INDURSKY, Freda. *Da interpretação à falha no ritual: a trajetória teórica da noção de formação discursiva*. In: BARONAS, Roberto Leiser. *Análise do Discurso: apontamentos para uma história da noção-conceito de formação discursiva*. São Carlos: Pedro e João Editores, 2011.

<sup>37</sup> Op. Cit.

ideologia em vigor, a qual tem como função determinar o que pode e o que deve ser dito e na qual se insere a ideia de sujeito, pois “*é o indivíduo que, interpelado pela ideologia, se constitui como sujeito, identificando-se com os dizeres da formação discursiva que representa, na linguagem, um recorte da formação ideológica*”<sup>38</sup>.

Com base nessa afirmação, Pêcheux cunhou o conceito de “tomada de posição”, a qual pode ocorrer de três formas diferentes: (1) superposição entre o sujeito do discurso e a forma-sujeito, ou discurso do “bom sujeito”, em que o sujeito do discurso identifica-se com a ideologia do discurso; (2) discurso do “mau sujeito”, em que o sujeito do discurso se contrapõe aos saberes internos da formação discursiva, gerando uma contra-identificação, pois o sujeito passa a questionar os saberes que pertencem àquela formação discursiva em que ele próprio se encontra inserido, gerando uma formação discursiva heterogênea, ou alteridade, por meio do que denomina “discurso-outro”; e (3) rompimento do sujeito do discurso com a formação discursiva, por meio de uma desidentificação, que desloca o sujeito de uma formação discursiva para outra.

Interessa aqui analisar a classificação trazida por Pêcheux no que diz respeito à segunda modalidade de tomada de posição, pois nessa hipótese ocorre o que chama de relativização da forma-sujeito e da própria formação discursiva, pois nela restam inseridas divergências, exatamente como ocorre na introdução do elemento “multiculturalismo” no seio do discurso relativo à universalidade dos direitos humanos.

Para Freda Indursky, essa inclusão de novos elementos na formação discursiva que a torna heterogênea, e que se denomina contra-identificação, é o que transforma a igualdade dos sentidos e unidade do sujeito em diferença dos sentidos e fragmentação da forma-sujeito, concluindo que se a formação discursiva apresenta-se da maneira assim descrita, também a forma-sujeito é heterogênea, pelo fato de o próprio sujeito do discurso ser portador de diferentes posições ideológicas.

Nessa esteira, tece reflexões sobre a forma-sujeito, demonsttran-

---

<sup>38</sup> Op. Cit., p. 82.

do a existência de algumas quebras no ritual do discurso, o que, para Indursky, ocorre no encontro do sujeito do discurso com a linguagem e a história, entendendo que as falhas no ritual do discurso se dão precisamente com a entrada de novos saberes na formação discursiva (em virtude das fronteiras tênues e porosas da formação discursiva), com a fragmentação da forma-sujeito, ou com o advento do que denomina “acontecimento enunciativo”, que advém da introdução de novos saberes na formação discursiva, os quais provocam sua divisão por gerarem uma certa ambiguidade ideológica no seu interior.

Aqui mais uma vez se pode inserir perfeitamente o elemento multiculturalismo como sendo uma formação discursiva que propiciou uma certa quebra no ritual discursivo formado especialmente no contexto histórico do fim da II Guerra Mundial atinente à característica da universalidade dos direitos humanos, podendo-se incluir esse discurso do multiculturalismo como verdadeiro acontecimento enunciativo que veio a propiciar de fato um elemento novo e heterogêneo no interior do discurso, sem que contudo pudesse ser identificado como sendo um rompimento do sujeito do discurso com a própria formação discursiva, não havendo nessa nova acepção, portanto, deslocamento de um discurso para outro diametralmente oposto ou diverso.

Isso porque a introdução do discurso do multiculturalismo no âmago do discurso da universalidade dos direitos humanos não acarreta a necessária desidentificação capaz de deslocar o sujeito de uma formação discursiva para outra, pelo simples fato de que ambos os discursos não são incompatíveis entre si, assim como não são incompatíveis entre si os discursos do multiculturalismo e do cosmopolitismo<sup>39</sup>.

Trata-se em realidade de uma espécie de “falha” no ritual do

---

<sup>39</sup> A esse propósito, interessante a reflexão feita por Miguel Carbonell, no prefácio da obra *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, de Will Kymlicka e Christine Straehle, ao questionar: ¿Se pueden defender simultáneamente el multiculturalismo y el cosmopolitismo?, ¿son contradictorios los movimientos que defienden las diferencias, que consideran positivo el establecimiento de un estatus jurídico diferenciado por razones étnicas o culturales, y aquellos otros que persiguen la superación de las fronteras y que proponen dejar atrás nociones como las de ciudadanía y soberanía?

discurso, de importância significativa, que permite o seu próprio questionamento, capaz de gerar uma nova formação discursiva, sem contudo gerar quebras relativas aos seus elementos de identificação, ou, em outras palavras, sem que a inserção do elemento novo acarrete a desidentificação que teria condão de gerar um novo discurso, mas apenas trazendo maior alteridade para a forma inicial do discurso.

Freda Indursky afirma não ser possível analisar uma formação discursiva como sendo algo fechado e homogêneo, o que para ela não é sequer desejável, já que a ideologia não pode consistir na existência de um discurso para cada um, mas sim como um elemento capaz de dividir e fragmentar as próprias formações discursivas, no sentido de que essas falhas no ritual do discurso são o que permite transformá-lo, possibilitando que o sujeito do discurso se aproprie de outros saberes e os introduza no interior de uma formação discursiva, fazendo com que esta não seja tratada como o que a autora denomina “maquinaria discursiva fechada”, permitindo que a alteridade e a contradição nela se introduzam, como condição de sua não-homogeneidade.

É justamente isso o que ocorre quando a questão do multiculturalismo e da corrente relativista se introduzem no discurso da universalidade dos direitos humanos: o discurso torna-se novamente aberto, com uma contradição mais aparente do que real, capaz de torná-lo, além de heterogêneo, mais consistente.

É por essa razão que o multiculturalismo é tratado aqui como o “discurso do mau sujeito”, à medida em que introduz no discurso um elemento novo, sem contudo descaracterizar o discurso originário.

Em outras palavras: resta mantida a característica da universalidade dos direitos humanos mesmo diante da necessidade de não homogeneização cultural que se dá pela via da preservação das variações axiológicas de cada grupo social, servindo a cultura como fonte de interpretação do real significado do conceito de dignidade humana e, em última análise, do bem jurídico tutelado pelas normas que formam o arcabouço protetivo dos direitos humanos que, por se estenderem a todo e qualquer ser humano, por sua simples condição de ser humano, são, por si sós, universais.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir que a humanidade ainda não encontrou o grau máximo de civilidade, já que não raro a história se depara, para usar as palavras de Antoine Garapon<sup>40</sup>, com a existência de *violências inéditas*.

O certo é que a construção de marcos globais de justiça e a construção de garantias universais necessitam ser forjados para a solução de problemas também globais, em especial o respeito aos direitos humanos, que não pressupõem o pertencimento à condição de nacionais e, sendo assim, a proteção única e exclusiva do Estado não garante a sua observância, mormente quando se sabe que inúmeras vezes, na história mundial, foi esse mesmo Estado o primeiro violador dos direitos humanos.

A necessidade de se abandonar o paradigma Westfaliano no que diz respeito à imperiosa construção da paz e à proteção dos direitos humanos, no intuito de alicerçar um mundo civilizado e fortalecer o império da lei, não deve ser, no entanto, culturalmente homogeneizante, não se exigindo no caminho da *Paz Perpétua*, em sua melhor acepção, o surgimento de uma civilização mundial, mas sim a construção de uma verdadeira sociedade mundial multicultural, cujos membros sejam capazes de respeitar a diferença e a diversidade, e com elas conviver de forma pacífica.

Esse é o conteúdo universal dos direitos humanos e foi assim, nesse contexto, que se inseriu o discurso da universalidade no arcabouço ideológico e também normativo das normas protetivas que formam o denominado direito internacional dos direitos humanos.

O total respeito aos ideais de dignidade humana insculpidos nessas normas levariam a humanidade ao que se poderia denominar “civilidade máxima” o que, de outro lado, não significa que para isso deva a humanidade chegar a um estágio entendido como sendo o de uma “civilização mundial”.

Civilidade máxima não se confunde com civilização mundial. Civilidade máxima significa a maximização em níveis ideais do

---

<sup>40</sup> GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*. Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

grau de respeito aos direitos humanos decorrentes da concepção de dignidade que possui cada ser humano. Civilização mundial seria a existência de uma sociedade sem diferenças culturais. Para se alcançar a máxima civilidade não é preciso que exista uma civilização mundial, mas, muito antes, pelo contrário, já que o respeito pelos direitos humanos passa pela tolerância que deve ser observada em relação às diferentes sociedades, em relação às diferentes culturas.

Se os direitos humanos são universais, no sentido de que possuem como titulares todas as pessoas, independentemente de sua condição de nacional de um país, de raça, sexo ou orientação sexual, religião e condição social ou financeira, também o respeito aos direitos humanos deve ser compreendido como o respeito às diferenças culturais existentes entre os povos.

O discurso da universalidade dos direitos humanos surgiu com o elemento da universalidade, mas a ideia de que essa universalidade não pode ser entendida como instrumento de homogeneização cultural introduziu no discurso uma nova acepção, como que criando nele uma contra-identificação e, ao mesmo tempo, o enriquecendo.

Dentro dos saberes internos da primeira formação discursiva encontrava-se ínsita a ideia, portanto, de que os direitos humanos são universais. Nessa formação inicial, porém, ao introduzir-se esse novo elemento, o multiculturalismo, de certa forma contraposto ao primeiro à medida em que o questiona, já que se relaciona com a ideia de necessidade de preservação e observância das diferenças dentro do universal, criou-se uma formação discursiva heterogênea, agora dotada da característica da alteridade.

É nesse sentido, pois, a conclusão de que o multiculturalismo caracteriza-se como sendo um discurso do “mau sujeito”, dentro do discurso maior da universalidade dos direitos humanos, sem que com isso ambos sejam incompatíveis, sendo, pois, eles complementares entre si, na esteira de que a máxima observância dos direitos humanos não deva acarretar a criação de uma civilização mundial, culturalmente homogênea, mas que, isto sim, deva propiciar o máximo respeito e a máxima tolerância com relação às diferenças.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de / ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme (coords.). **O Direito Internacional dos Refugiados – uma perspectiva brasileira.** Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **Homens Em Tempos Sombrios.** Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

\_\_\_\_\_. **Entre o passado e o futuro.** Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Origens do totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu & MALATIAN, Teresa. **Políticas Migratórias. Fronteiras dos direitos humanos no século XXI.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos no limiar do novo século e as perspectivas brasileiras.** In: **Temas de política externa brasileira II.** 1994, v. 1.

CARBONELL, Miguel. **Estudio introductorio Cosmopolitismo y Multiculturalismo.** In KYMLICKA, Will & STRAEHLE, Christine. **Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorias.** Traducción Karla Pérez Portilla e Neus Torbisco. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille & CASSESE, Antonio (Orgs). **Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais.** Trad. Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. **Le relatif et l'universal.** Paris: Éditions du Seuil, 2004.

\_\_\_\_\_. **Vers une communauté de valeurs?** Paris: Éditions du Seuil, 2011.

DERRIDA, Jacques. **De l'hospitalité – Fragments. Revues-Plurielles.** Disponível em [http://www.revues-plurielles.org/\\_uploads/pdf/6\\_84\\_2.pdf](http://www.revues-plurielles.org/_uploads/pdf/6_84_2.pdf)

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyla, 1996.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar.** Trad. Pedro Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GOMES, Luiz Flávio & BIANCHINI. **O direito penal na era da globalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROTIUS, Hugo. **Le droit de la guerre et de la paix.** Tradução M. P. Pradier-Fodéré. Paris: Librairie de Guillaumin et cie, 1867.

HABERMAS, Jürgen. **Constelación posnacional.** Barcelona: Paidós, 2000.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

INDURSKY, Freda. **Da interpretação à falha no ritual: a trajetória teórica da noção de formação discursiva.** In: BARONAS,

Roberto Leiser. **Análise do Discurso: apontamentos para uma história da noção-conceito de formação discursiva.** São Carlos: Pedro e João Editores, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Direito Penal Internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

JUDT, Tony. **Reflexões sobre um século esquecido, 1901-2000.** Tradução Celso Nogueira. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Trad. Artur Morão. Edições 70: Lisboa, 2009.

\_\_\_\_\_. **Zum Ewigen Frieden. Rumo à Paz Perpétua.** Trad. Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010.

\_\_\_\_\_. **Filosofia da história.** Trad. Cláudio J.A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2012.

\_\_\_\_\_. **Começo conjectural da história humana.** Trad. Edmilson Menezes. São Paulo, Unesp, 2010.

MARCOVITCH, Jacques (org.). **Sérgio Vieira de Mello – pensamento e memória.** SP: Saraiva/EDUSP/Bunge Fundação, 2004.

PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento.** Tradução Eni Pulcinelli Orlandi. Campinas: Pontes, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **El derecho penal ante la globa-**

**lización y la integración supranacional.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 65-78, out-dez. 1998.

TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.). Justicia de Transición, Justicia Penal Internacional e Justicia Universal. Barcelona: Atelier, 2010.

# OS REFUGIADOS AMBIENTAIS – CARÊNCIA DE PROTEÇÃO NORMATIVA

Flávia Faermann<sup>1</sup>

*“Uma vez fora do país de origem permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugio da terra”. (Hannah Arendt)*

## RESUMO

O presente artigo destina-se ao estudo da situação dos refugiados ambientais, tanto os que são obrigados a abandonar os seus países, como os que se enquadram na categoria dos deslocados internos. Parte-se da análise dos institutos do refúgio, examinando suas causas e espécies. Apontam-se as normas legais que regulam o refugiado e, após, analisa-se os institutos do refúgio e do asilo, diferenciando-se um do outro para, então, adentrar especificamente no conceito de refugiado ambiental. Com sua definição, examina-se o embasamento legal existente para se concluir que, carente a regulamentação de seus direitos, é imprescindível a extensão das normas destinadas aos refugiados em geral.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Ambiental. Refugiados ambientais. Ausência de normas. Extensão.

## ABSTRACT

This article is intended to study the situation of environmental refugees, both those who are forced to leave their countries, such as those that fall into the category of internal displaced. Begin on the analysis of the institutes of the refuge, examining its causes and species, namely, political and environmental refugees. Points out the differences between them as well as the legal rules governing political refugee, and after it analyzes the institutes of refuge and asylum, differing from one another to then enter specifically the concept of environmental

---

<sup>1</sup>Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão de Direitos Humanos da PGE/RS. End. Funcional Alameda Buenos Aires, 352, CEP 90110-901 Santa Maria/RS. Email: flavia-faermann@pge.rs.gov.br. Fone: 51 84854055.

refugees. With its definition, examines the existing legal basis for concluding that, lacking the regulation of their rights, it is imperative the extension of standards for refugees in general.

**KEY WORDS**

Environmental Law. Environmental refugees. Absence of standards. Extension.

## 1 INTRODUÇÃO

O drama dos refugiados confunde-se com a própria história da humanidade; todavia, apenas a partir do século XV despontam de forma sistemática.<sup>2</sup> Atualmente, quase todos os países confrontam-se com o fenômeno da migração, também contribuindo para o seu incremento a mudança demográfica, as desigualdades socioeconômicas entre as nações do Norte e do Sul, os conflitos armados e a guerra civil.

Há diversas semelhanças entre as dificuldades experimentadas pelos refugiados ambientais e os políticos: diversidade de idioma, o que acarreta carência de aproximação com os nativos; acesso a serviços de saúde pública; prejuízo na educação dos filhos dos imigrantes; ausência de habitações populares, impossibilitando uma moradia digna e, em consequência, aumentando a população marginal e periférica; por fim, a elevação do índice de delinquência.

Os refugiados climáticos são os esquecidos das ordens jurídicas, da comunidade internacional e dos Estados individualmente considerados. O refugiado ambiental não saiu voluntariamente de seu país, com medo de perseguição política ou em busca de melhores condições de vida em um país mais desenvolvido: é fugitivo com medo da extinção territorial de seu país, ameaçado por causas naturais.

O século XXI tem oferecido esse problema: em 2005, tivemos os habitantes das ilhas Carterret, na Papua-Nova Guiné, que começaram a evacuar o arquipélago como resultado da subida do nível do mar, decorrente do aquecimento global, com seu iminente desaparecimento. Inúmeras outras regiões estão em risco, como as Maldivas, Tuvalu e Kiribati, em face da elevação do nível do mar e

---

<sup>2</sup>JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Método, 2007, p. 23.

da mudança das marés. Do lado dos receptores, muito dificilmente algum país se interessará em receber um contingente aproximadamente de 310 mil pessoas – população das Maldivas, pois os custos financeiros para instalar os refugiados seriam muito elevados. Ainda, sentimentos xenófobos poderiam desenvolver-se. Já no lado dos refugiados, esses teriam dificuldades de adaptação, problemas psicológicos, entre outros.<sup>3</sup>

Segundo estudos da *Potsdam Institute for Climate Impact Research*, uma das certezas atuais são as mudanças climáticas.<sup>4</sup> As mudanças climáticas derivadas da ação do homem acarretarão conseqüências para as nações, organizações, cidades e indivíduos. Segundo Sidney Guerra e Pedro Cuvello Saavera Avzaradel relatam:

Entre as previsões, o IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas) afirma que cerca de 30% da costa litorânea poderão ser perdidos em função do aumento do nível da água, o que afetará não só a oferta de produtos (por exemplo, peixes) como a própria sobrevivência das populações humanas que habitam tais áreas. Esses novos riscos exigem ações não apenas de mitigação das emissões dos gases responsáveis pelo aquecimento da terra, mas também outras de adaptação aos efeitos inevitáveis das mudanças do clima.<sup>5</sup>

A conclusão do Painel foi no sentido de que, por volta de 2020, entre 75 a 250 milhões de africanos sentirão problemas relativos à água. Em Darfur, no Sudão, as disputas étnicas foram provocadas pela escassez de recursos hídricos, diante das secas prolongadas na região entre o deserto do Saara e a África tropical.

A principal causa das alterações climáticas globais é a queima

---

<sup>3</sup> FRANCO NETO, Georgener de Sousa. Os refugiados ambientais: o caso de Tuvalu. *In* Revista do Programa de Mestrado em Direito da UNAMA. Belem, 4 (4): 220, 2008.

<sup>4</sup> KROPP, J. SCHOLZE, M. *Climate Change Information for Effective Adaptation. A Practitioner's Manual*. Publicado por GTZ e Federal Ministry for Economic Cooperation and Development Eschborn, 2009.

<sup>5</sup> GUERRA S.; SAAVEDRA AVZARADEL, P.C. *O Direito Internacional e a Figura do Refugiado Ambiental: Reflexões a partir da ilha de Tuvalu*. Brasília, 2008. Disponível em: [HTTP://conpendi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14\\_46.pdf](http://conpendi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14_46.pdf). Acesso em 03 ab. 2014.

de combustíveis fósseis oriundos das atividades antropogênicas. Ocorre que o aumento de temperatura ocasiona novos padrões de ventos, chuvas e circulação dos oceanos, capazes de obrigar o deslocamento de grandes porções da população mundial para outros locais não atingidos de forma tão intensa pelas consequências que o aquecimento global pode acarretar no futuro.<sup>6</sup>

Por outro lado, não há nenhuma convenção internacional sobre o refugiado climático. Há a Convenção sobre Refugiados, mas, conforme observa Ivanilson Raiol, há dificuldades práticas e teóricas na aceitação incondicional da atual definição de refugiado. Segundo o autor, nem mesmo o Protocolo de 1967 - apesar do alargamento que proporcionou à definição original de refugiado - conseguiu superar os problemas conceituais inerentes a um modelo que já não atende às novas demandas que surgiram no mundo contemporâneo.<sup>7</sup>

A Lei Brasileira n. 9474 de 22 de junho e 1997 define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 em nosso país, mas essa legislação não atinge os refugiados climáticos. A regra do art. 1º, III, que se refere à grave e generalizada violação dos direitos humanos, não pretendeu protegê-los, sendo que somente por analogia estender-se-ia a definição, uma vez que são situações diferentes que, por possuírem causas diversas, não podem ter, necessariamente, o mesmo tratamento.

Na atualidade, é cada vez maior o número de refugiados ambientais em todo o planeta. Esse migrante não deixa seu país em busca de interesses econômicos, atrás de melhores condições de vida, mas sim por que essa mesma não é mais sustentável no seu local de origem. Quando ele desloca-se dentro de seu país, é protegido pelas leis desse território; todavia, quando busca acolhimento em outro, precisa de uma regulamentação internacional para que tenha a tutela dos seus direitos e das garantias fundamentais. O caso dos habitantes da ilha de Tuvalu retrata a situação crítica a que estão submetidos e

---

<sup>6</sup> NICOLETTO, R; JESUS, T. As mudanças climáticas e os refugiados ambientais, *In: XII Congresso Internacional de Direito Ambiental: Mudanças Climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, v. 2, p. 634.

<sup>7</sup> RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. Ultrapassando fronteiras. *A proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre, Nuna Fabris, 2010, p 141.

a necessidade de sua proteção internacional. O primeiro ministro de Tuvalu, localizada no Oceano Pacífico, no Continente da Oceania, Apisai Ielemia, afirmou: “somos uma nação orgulhosa com uma cultura única que não deseja ser alocada em qualquer outro lugar”.<sup>8</sup> Ou seja, o refúgio em outro país decorre somente da impossibilidade de manter-se em seu território.

## 2 O INSTITUTO DO REFÚGIO

É possível que a garantia do direito à vida e à integridade física e mental de uma pessoa seja ameaçada por conta de problemas políticos, perseguições por motivos religiosos, ideológicos, conflitos armados, entre outras situações. Nesses casos, é comum que a pessoa ameaçada procure proteção em outro Estado.

A fim de regular essas situações de busca de abrigo em outro país, é que se desenvolveram dois institutos de Direito Internacional: o asilo e o refúgio. Antes identificados e com muitas semelhanças, atualmente há uma tendência doutrinária em diferenciá-los.<sup>9</sup> O asilo é apenas indiretamente vinculado ao prestígio da dignidade humana. É primordialmente um instrumento de condução da política externa do Estado. Daí porque o asilo é discricionário e concedido *intuitu personae*. Embora seja de competência do Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores deve ser ouvido. Não há propriamente um processo de asilo. Como decisão estatal que é, o ato deve ter forma escrita, observar pressupostos de competência, entre outros, mas não é um procedimento administrativo de asilo. Diferentemente do asilo, o refúgio não é guiado por razões políticas. É instituto humanitário. Enquanto que não existe um regime internacional sobre asilo, o refúgio é universal e está disciplinado em instrumento internacional, que é a Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados. Esta convenção, da qual o Brasil é parte, infundiu o conteúdo da Lei 9474, que é a lei brasileira do refúgio. Não podem ser refugiados os residentes no Brasil e pessoas que tenham direitos

<sup>8</sup> Disponível em: <[HTTP:www.estadao.com.br/vidac/not\\_vid292369,0.htm](http://www.estadao.com.br/vidac/not_vid292369,0.htm)>.

<sup>9</sup> BREGALDA, Gustavo. *Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado*, p. 88.

e obrigações relacionados com a condição de brasileiro.

Como afirma Rezek:

“o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum”.<sup>10</sup>

A lei brasileira do refúgio adotou um critério de atribuição de um direito público subjetivo de refúgio ao estrangeiro, sendo que, nos termos do art. 1º, basta a existência de uma expectativa de ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas; ademais, o indivíduo tem que entrar no território nacional, prevendo o referido dispositivo que o mesmo deve encontrar-se fora de seu país de nacionalidade e não queira ou não possa acolher-se à proteção de tal país. O inciso II dispõe que o refugiado não tem nacionalidade e está fora do país onde antes teve sua residência habitual, não podendo ou não querendo retornar, em razão das circunstâncias que prevê o inciso I, sendo que se denota desse item a necessidade de ampliação do critério para que se considere e se proteja como refugiado aquele que necessitou sair de seu habitat natural em razão de desastres ambientais; o dispositivo restringe o alcance apenas para a proteção de um alçoz, carecendo aquele que se sujeita a um infortúnio natural.

No que tange à normativa conferida ao instituto do refúgio, esse foi disciplinado pelo direito de guerra, na Convenção de Genebra; a seguir teve a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu protocolo de 1966. Na primeira havia limitação geográfica- saídos da Europa e temporal – antes de 01/01/1951. Em 1966 houve uma ampliação do conceito.

Por sua vez, a declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984 centrou-se na concessão do status de refugiado não ao que cometeu crime de natureza política ou ideológica, como no asilo, mas em virtude de perseguição por motivos de raça, religião ou nacionalidade, ou ainda pelo fato de pertencer o sujeito a determi-

---

<sup>10</sup> REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*, p. 214-215.

nado grupo social ou ter uma opinião política, somando-se ainda a ameaça de violência generalizada, agressão interna e a violação massiva de direitos humanos. Como instrumentos de proteção aos refugiados, podem-se citar: a CF (art. 5<sup>o</sup>, par 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup>), Lei dos Refugiados, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempos de Guerra e o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967). Já o princípio do “non refoulement” está consagrado no art. 33 da convenção relativa ao estatuto dos refugiados.

A proibição do *refoulement* consta também da Convenção Internacional para Proteção de Pessoas Contra o desaparecimento forçado. Diz a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU, em seu artigo 3<sup>o</sup>, 1<sup>o</sup>, que nenhum Estado Parte expulsará, devolverá ou extraditará uma pessoa para outro Estado quando houver fundados motivos para se acreditar que, nele, ela poderá ser torturada. No mesmo sentido dispõe a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura em seu artigo 13<sup>o</sup>:

“Não se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou ad hoc, no Estado requerente”.

### 3 A EXPRESSÃO REFUGIADO AMBIENTAL

Refúgio origina-se do latim *refugium*, significando lugar para estar seguro ou, na literalidade, fugir para trás. Há um processo migratório forçado, decorrente, primitivamente, de perseguições de natureza político-ideológica, sendo que se fala também em refugiado climático ou ambiental.

A expressão refugiado ambiental foi cunhada em 1985 com a publicação de um *paper* com este título por EL-HINNAWI, Professor do Egyptian National Research Centre, Cairo, definindo assim aqueles que são obrigados a deixarem seu país ou a deslocarem-se

dentro desse território em razão de catástrofes ambientais.<sup>11</sup> Segundo esse autor, pode haver três categorias de refugiados ambientais: a) em face de alguma ocorrência temporária natural, como terremoto ou ciclone; b) em face da ocorrência de efeitos permanentes que comprometam o habitat, tais como secas em lagos; c) em face de alguma mudança no habitat, de maneira que não haja como prover permanentemente as necessidades básicas.

O refugiado ambiental pode, portanto, ser temporário ou permanente; a mudança climática deve ter ocorrido por uma ação humana e pode ter ocasionado desastres de forma gradual ou repentina.

Porém, o status de refugiado previsto na Convenção de 1951 e em seu Protocolo Adicional de 1967 não contempla a fuga do país em razão de problemas ambientais irreversíveis, muito menos o deslocamento interno. Urge uma ampliação do conceito, especialmente diante do aquecimento global. Em 2008 foi realizada a Conferência da ONU sobre o clima, que deixou de discutir a problemática envolvendo os refugiados ambientais; todavia, numa estimativa recente feita pelo IPCC concluiu-se que uma população equivalente ao Brasil será obrigada a abandonar seu local de origem, em razão de catástrofes ambientais.

É incontroverso que a falta de uma tutela jurídica adequada pode comprometer a efetiva proteção dos direitos humanos.

Conforme referem Sidney Guerra e Pedro Cuvello Saavedra Avzaradel:

“como pode ser observado, a referida Convenção não previu situações que possam fazer com que pessoas sejam deslocadas em decorrência de calamidades naturais e, portanto, que envolvam o meio ambiente; isto é, além dos casos que estão devidamente arrolados no documento internacional que regula a matéria, não se pode olvidar que hoje existe uma nova categoria de refugiados que se manifestam em razão dos mais diversos problemas pertinentes aos fenômenos da natureza: o refugiado ambiental.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> EL-HINNAWI, Essam, citado por FIORENZA, Fabio. “Refugiados ambientais e a busca por reconhecimento e proteção pelo direito internacional”. Coleção Jornada de Estudos da Esmaf, Brasília, v. 9, jul 2011, p 70.

<sup>12</sup> GUERRA S.; SAAVEDRA AVZARADEL, P.C. O Direito Internacional e a Figura

A Suécia é o único país que tomou a iniciativa de estender a Convenção de Genebra a sua legislação nacional, concedendo um verdadeiro direito de asilo às vítimas de catástrofes naturais.<sup>13</sup>

Direito Internacional dos Refugiados é um dos ramos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo que uma lacuna no tratamento do refugiado ambiental pode afetar o Direito Internacional do Meio Ambiente, que tem como seus princípios o da precaução, na comunhão do homem com a natureza.

A questão ambiental é hoje um dos sustentáculos de afirmação dos direitos humanos, sendo o direito ao meio ambiente sadio inserido no sistema interamericano dos direitos humanos, especificamente no Protocolo de Salvador, assim como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XXV. Dentro desse contexto, surgiram novos sujeitos do direito internacional, as ONGS, criando normas jurídicas (agenda 21). Cita-se, por exemplo, a Organização Intergovernamental União Internacional para a Conservação da Natureza.

Segundo o Departamento das Nações Unidas para Assuntos Humanitários (UNDHA), “um desastre é uma grave interrupção do funcionamento de uma sociedade, causando perdas humanas, materiais ou ambientais que excedem a capacidade da sociedade afetada de lidar com tais consequências com seus próprios recursos”.<sup>14</sup>

A migração gerada pelos atingidos pelos desastres ambientais comumente tem implicações planetárias, como no caso dos haitianos no Brasil. Há urgência na atuação do Direito Internacional para proteger esses atingidos, conforme prevê a Declaração do Rio de 1992, princípio 18. O tema foi inclusive debate durante reunião do G8 em Roma, Itália, em julho de 2009. A conclusão a que chegaram os debatedores acerca da migração decorrente de problemas

---

do Refugiado Ambiental: Reflexões a partir da ilha de Tuvalu. Brasília, 2008. Disponível em: [HTTP://conpendi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14\\_46.pdf](http://conpendi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14_46.pdf). Acesso em 03 ab. 2014.

<sup>13</sup> Disponível em [HTTP://www.ecodebate.com.br/2009/06/22/nao-ha-nenhum-estatuto-para-os-refugiados-climaticos-diz-francois-gemenne-especialista-em-migracoes/](http://www.ecodebate.com.br/2009/06/22/nao-ha-nenhum-estatuto-para-os-refugiados-climaticos-diz-francois-gemenne-especialista-em-migracoes/). acesso em 05/04

<sup>14</sup> ESTADO DO MEIO AMBIENTE e retrospectivas políticas: 1972-2002”, p 290. Disponível em [HTTP://www.wiiuma.org.br/geo\\_mundial\\_arquivos/cap2\\_desastres.pdf](http://www.wiiuma.org.br/geo_mundial_arquivos/cap2_desastres.pdf) Acesso em 12 jan 2012.

ambientais é que se trata de questão de ordem pública cuja solução dependerá de ações multilaterais dos agentes governamentais em conjunto com organismos especiais das Nações Unidas, pondo fim à prática de os países ricos decidirem o que é bom para os pobres.

#### **4 NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICO AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS**

Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados estimam-se que existam 25 milhões de pessoas que podem ser consideradas refugiadas ambientais, sendo que esse número chegará a 250 milhões em 2.050, devido às secas e à erosão.<sup>15</sup>

Até o século XX não havia necessidade de proteção para a natureza, pois o homem não perturbava o equilíbrio natural. O nascimento do Direito Ambiental Internacional nasce, na realidade, apenas na década de 1960, quando o meio ambiente, devido às tragédias, torna-se preocupação. Foi na Conferência de Estocolmo de 1972 que os países perceberam a necessidade de se prevenir contra a degradação do meio ambiente. A solução para tanto seria unificar os vários “meios ambientes” num único sistema normativo internacional. Os resultados mais importantes do evento foram a instituição de um programa especialmente dedicado ao Meio Ambiente (PNUMA) e a Declaração de Estocolmo.

Segundo Guido Fernandes Soares da Silva<sup>16</sup>:

*“desde a realização da Conferência em Estocolmo, 1972, emergiu a consciência ambiental de que as questões ambientais relativas à proteção do meio ambiente de toda terra diziam respeito não só aos elementos componentes do meio, tomados isoladamente ou em conjunto, mas, com particular ênfase, ao próprio homem”.*

Após 20 anos, ocorreu a Conferência do Rio, tendo como

<sup>15</sup> Disponível em [HTTP://www.onu-brasil.org.br/agencias\\_acnur.php](http://www.onu-brasil.org.br/agencias_acnur.php) Acesso em 03 ab 2014.

<sup>16</sup> SILVA SOARES, G.F. Curso interdisciplinar de direito ambiental. São Paulo: Atlas, 2001. P 653.

principal tema o Desenvolvimento Sustentável.

A tutela do refugiado ambiental decorre de dois imperativos morais: justiça humanitária e justiça restaurativa. Conforme apontam estudos, o migrante forçado a deixar o seu habitat tende a ocupar as classes menos favorecidas da sociedade, o que afronta os direitos sociais, econômicos e civis. Ainda, na maioria das vezes, os países que mais sofrem com a degradação ambiental são os que menos contribuem e os que menos causaram os impactos.

Um dos grandes obstáculos para a inclusão do refugiado ambiental na pauta das discussões climáticas é a comprovação efetiva de como o estresse climático pode ser considerado o vetor preponderante dos deslocamentos, e não motivos econômicos, sociais e políticos.

Segundo a definição cunhada pelo professor egípcio, o refugiado ambiental pode ser considerado temporário ou permanente, a mudança climática deve ter ocorrido por uma ação humana e a mudança climática pode ter ocasionado desastres de forma gradual ou repentina.

Somando-se ainda a ameaça de violência generalizada, agressão interna e a violação massiva de direitos humanos, criou-se um conceito aberto para que novas situações sejam inseridas. Para Michel Prieur há três tipos de catástrofes: as naturais, as decorrentes de degradação progressiva e as causadas por desastres tecnológicos. Para ele, seriam denominados deslocados ambientais, pois englobaria também aqueles que migram dentro do território e necessitam de ajuda humanitária.<sup>17</sup> Para outro autor, Stephen Castles, o fundamental seria abordar as verdadeiras causas dos problemas que causam a migração, de forma a torná-la desnecessária.<sup>18</sup>

Importante ressaltar que, se aplicado o conceito de refugiado

---

<sup>17</sup> PROCURADORIA REGIONAL DA REPUBLICA DA 3 REGIAO. Professor Frances traz novidades sobre direitos humanos e meio ambiente ao apresentar projeto de convenção internacional de refugiados ambientais. Disponível em [HTTP://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/433/2/](http://www.prr3.mpf.gov.br/content/view/433/2/). Acesso em 05 abril 2014.

<sup>18</sup> CASTLES, citado por SILVA, Fernando. "A proteção jurídica do refugiado no ordenamento jurídico brasileiro: o fundamento constitucional e as medidas legislativas e administrativas aplicáveis". Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros, 2000, v. 29, p 164.

ao deslocado ambiental, a devolução da vítima de desastre ambiental violaria o *non refoulement*. Ainda, a cultura de paz volta-se também ao ecocídio, que é uma das graves violações de direitos humanos, podendo receber uma reformulação o conceito de guerra.

De fato, é necessária a proteção normativa. Todavia, conforme o Professor Roger Zetta, Diretor do Centro de Estudos de Refugiados da Universidade de Oxford aponta, a extensão da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 ocasionaria a redução da responsabilidade dos estados em manter níveis mínimos de proteção e assistência, uma vez que as definições constantes nas mencionadas legislações não se subsumem aos fatos dos migrantes ambientais.<sup>19</sup> Para aqueles que se deslocam internamente, não se aplica o conceito de refugiado, mas sim o Guiding Principles on Internal Displacement de 1998.

Ainda, não basta apenas tutelar aqueles que migram; também o é proteger os que não tiveram condições de mudar e permaneceram na mesma localidade, agravados pelo fato de que seu habitat sofreu degradação, diminuindo as condições de vida saudável. Essas pessoas não são reconhecidas internacionalmente como refugiadas; inclusive, necessitam da mesma tutela, ou mais, do que os que migraram. Vê-se, portanto, que não basta a proteção internacional; deve haver, ainda, normatização local.

Imperiosa a produção de normas protetivas de direitos fundamentais, pois estabelecem os *standarts* mínimos que, uma vez descumpridos, torna cabível a responsabilização das autoridades nacionais. Essas normas podem representar uma garantia complementar às legislações internas e devem ser respeitadas pelos Estados que acolhem os refugiados.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se avançou no sistema de proteção dos refugiados *lato sensu*, consolidando um novo nível de proteção dos direitos humanos. Todavia, a norma jurídica não disciplina todos os detalhes da questão.

---

<sup>19</sup> ZETTER, R. Op cit. p/ 438.

O ACNUR afirma que a maioria dos refugiados de catástrofes ambientais não chega a cruzar fronteiras nacionais, migrando dentro do próprio país. Relativamente ao Brasil, a Amazônia pode ser um dos principais cenários de refugiados ambientais, o que afetaria diretamente os povos indígenas. Estudos comprovaram o aumento real da temperatura em 0,8 graus em todo planeta. Segundo levantamentos apresentados durante a COP- 15 em Copenhague, se houver elevação em 1,5 graus, haverá uma situação muito grave para países vulneráveis, chamados países-ilha, em razão do aumento do nível do mar. A meta de limitar o aquecimento global a 2 graus só pode ser alcançada com a participação efetiva de todos os países no combate das emissões de gases-estufa.

Disso conclui-se que haverá refugiados ambientais que necessitam de tutela jurídica em âmbito internacional. Todavia, sequer a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima ou o Protocolo de Kyoto incluíram previsão para proteger os que são diretamente afetados pelas mudanças climáticas.<sup>20</sup>

Importante ressaltar que os conceitos de direito internacional não são conceitos postos, mas, sim, conceitos criados ao longo do tempo devido aos problemas que foram surgindo em âmbito global. Então, primeiro surgiu o pressuposto fático, o problema que atingiu a comunidade para que, posteriormente, surgisse a regulamentação. Assim, se esses conceitos jurídicos não são pressupostos, mas criações humanas, conclui-se que não são estáticos, podendo ser alterados ao longo do tempo. Novas feições são adquiridas para englobar novas dimensões fáticas.<sup>21</sup> Assim, o conceito de refugiado merece ser analisado sob esse prisma, pois é um constante construído.

Ainda, considerando a importância da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados para a proteção de tais indivíduos em todo o mundo, urge o alargamento do conceito inserto em seu art. 1º, com a finalidade de abranger também os refugiados ambientais,

---

<sup>20</sup> SILVA SOARES, G.F. *Direito Internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 138.

<sup>21</sup> PANASOLO, Alessandro e DAHER LOPES, Patrícia Helena, *Muanças Climáticas e Refugiados Ambientais sob a ótica da Sociedade Internacional*. In *Direito Socioambiental*, Ed. Juruá, vol2, Curitiba, 2010, p. 37 a 60.

haja vista que relatórios expedidos pelo Painel Intergovernamental da Mudança do Clima dão conta de significativo aumento dessa população a partir de 2008.

Segundo Canotilho, também se apresenta como solução o diálogo entre as diferentes fontes nacionais e internacionais, abrindo-se as constituições nacionais a uma rede cooperativa de metanormas, de ordem institucional intermediária e de normas transnacionais.<sup>22</sup>

Os refugiados ambientais são, portanto, um novo desafio para o Direito Internacional e uma obrigação de todos os envolvidos. Para alcançar-se uma resposta eficaz, necessário repensar o conceito do direito internacional dos refugiados e do direito internacional como um todo.

No caso dos refugiados ambientais, impõe-se o diálogo das fontes, sem desconsiderar-se a *good governance* e o *global legal pluralism*. É a rede cooperativa, citada por Canotilho e o diálogo das fontes, desenvolvida por Eric Jayme.

Imperiosa a necessidade de uma política global de proteção ao refugiado climático, usando, especialmente, os indicadores do IPCC – Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, que apresentou um relatório importante apontando provas sólidas do aquecimento global crescente e oferece indicadores para um acordo climático a ser negociado em 2015. Todavia, somente o acréscimo de um protocolo adicional à Convenção de Genebra, como alguns defendem, não permitiria solucionar a questão, pois esse protocolo não poderia incluir os “deslocados internos”. Ora, a partida forçada dá lugar, na maioria dos casos, a um deslocamento dentro do mesmo Estado. Há a necessidade de estender o papel da ACNUR para os casos de catástrofe natural, pois seguem sem definição.

Válida também a formulação de regras que propiciem a entrada desses refugiados no país, bem como e especialmente o avanço em nível internacional no controle da degradação ambiental. Também válido seria o reconhecimento internacional da condição de refugiado a essas pessoas vítimas da degradação ambiental, dando-lhe a garantia de obtenção dos direitos sociais mínimos, como educação,

---

<sup>22</sup> Canotilho, op cit em PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional, 11 ed, São Paulo: Saraiva, 2008, p 53.

saúde, moradia e segurança.

Necessária se faz, portanto, a definição de um estatuto jurídico para os refugiados ambientais e o reforço da proteção das pessoas deslocadas dentro e fora dos limites territoriais. Para as primeiras, em 1998, surgiu o *Guiding Principles on Internal Displacement*, normas sem natureza cogente, cujo objetivo é servir de guia na tutela dos refugiados.<sup>23</sup> O quadro alarmante impõe o desenvolvimento desse plano específico de tutela dessas pessoas que são vítimas de degradações ambientais cujos fatores desencadeantes muitas vezes transcendem seus próprios territórios.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In RDA, n. 217.

ARENDT, H. As origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 300.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15 ed. Ed. Maleiros, 2004.

BREGALDA, Gustavo. Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado, p. 88. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 11.

FIORENZA, Fabio. Refugiados ambientais e a busca por reconhecimento e proteção pelo direito internacional. Brasília: Coleção Jornada de Estudos da Esmaf, v. 9, jul 2011, p 70.

---

<sup>23</sup> ZETTER, R. The role of legal and normative frameworks for the protection of environmentally displaced people. Migration, environment an climate change: assessing the evidence. OIM – International Organization for Migration. Switzerland, 2009.

FRANCO NETO, Georgener de Sousa. Os refugiados ambientais: o caso de Tuvalu. Belém, Revista do Programa de Mestrado em Direito da UNAMA, 2008.

GUERRA, Sidney e SAAVEDRA AVZARADEL, Pedro Cuvello. O Direito Internacional e a Figura do Refugiado Ambiental: Reflexões a partir da ilha de Tuvalu. Brasília, 2008. Disponível em [www.compendi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14\\_46.pdf](http://www.compendi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/14_46.pdf). Acesso em 03 ab. 2014.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Método, 2007, p. 23.

KROPP, J. SCHOLZE, M. *Climate Change Information for Effective Adaptation. A Practitioner's Manual. Publicado por GTZ e Federal Ministry for Economic Cooperation and Development Eschborn*, 2009.

NICOLETTO, R; JESUS, T. As mudanças climáticas e os refugiados ambientais, *In: XII Congresso Internacional de Direito Ambiental: Mudanças Climáticas, biodiversidade e uso sustentável de energia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, v. 2, p. 634.

PANASOLO, Alessandro e DAHER LOPES, Patrícia Helena, Mudanças Climáticas e Refugiados Ambientais sob a ótica da Sociedade Internacional. *In Direito Socioambiental*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 37/60.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras. A proteção*

jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Nuna Fabris, 2010.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. São Paulo, Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. 1997. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. São Paulo, Lua Nova, n<sup>o</sup> 30.

SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho. Ed. Fórum, 2012.

SILVA, Fernando. A proteção jurídica do refugiado no ordenamento jurídico brasileiro: o fundamento constitucional e as medidas legislativas e administrativas aplicáveis. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros, 2000, v. 29.

SILVA SOARES, G.F. Direito Internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.



# O LIMITE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS COMO MEIO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Taís Bastiani Librelotto<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade internacional dos Estados como meio de proteção aos direitos humanos, tendo como objetivo encontrar o limite desse instituto. A pesquisa faz uso do método dedutivo, explicativo e bibliográfico, além de ter o respaldo da jurisprudência das Cortes Internacional de Justiça e Interamericana de direitos humanos. Afirma-se que o limite atualmente encontrado no sistema internacional acerca da responsabilidade dos Estados quando violem direitos humanos é o reconhecimento de apenas uma parte dos direitos humanos como *jus cogens*. Somente a vida, em sua essência mais pura, obteve o grau de aprovação entre os sujeitos de direito internacional para ser consagrado pelos tribunais internacionais e regionais como direito humano que suscite a responsabilidade internacional do Estado.

**Palavras-chave:** Responsabilidade internacional dos Estados. Limite. Direitos humanos. *Jus cogens*.

## ABSTRACT

This paper analyzes the international responsibility of States as a mean for human rights' protection, aiming to find the limit of this institute. The research is based on the deductive method, and explanatory literature, and it is also based on the jurisprudence of the International Court of Justice and the Inter-american Court of Human Rights. It is said that the limit currently found in the international system concerning the responsibility of states when they violate human rights is the recognition of only a small part of the human rights as *jus cogens*. Only Life in its purest essence has obtained the enough degree of approval among the subjects of international law to

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Universidade de São Paulo. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

be enshrined by the international tribunal and the inter-american court as human right which gives rise to international responsibility of States.

**Keywords:** International responsibility of States. Limits. Human rights. *Jus cogens*.

## 1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho será a proteção aos direitos humanos por meio da responsabilidade internacional dos Estados e seu limite. Assume-se que a responsabilidade internacional dos Estados é um instituto de extremado valor quando se refere à violação aos direitos humanos. Frente à violação interna de um direito humano, resta a possibilidade de, no plano internacional, revertê-la, responsabilizando o Estado infrator. Todavia, o presente trabalho busca investigar se tal proteção é ampla e irrestrita ou se há limites no instituto da responsabilidade internacional dos Estados como meio de proteção aos direitos humanos violados. Para proceder a tal investigação, examinar-se-á o conceito de direito imperativo, estabelecendo as necessárias conexões com as obrigações *erga omnes*. Adentrar-se-á na temática dos direitos humanos, explorando-se os direitos humanos como *jus cogens*, assim como as implicações dessa qualidade.

Em seguida, verificar-se-á também a interligação entre responsabilidade internacional e direitos humanos. Nesse ponto, necessita-se observar a prática internacional, insculpida na jurisprudência dos tribunais, conquanto sem a intenção de esgotar o tema, nem mesmo de coletar todos os casos já julgados, mas tão somente para contar com subsídios a fim de entender qual é o limite da responsabilidade internacional como meio de proteção extra aos direitos humanos. Por isso, averiguar-se-á a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com o intuito de concluir qual a real aplicação da responsabilidade internacional de Estados por violação aos direitos humanos.

## 2 FORTALECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL: DIREITOS HUMANOS COMO *JUS COGENS*

Correspondente aos *ius strictum* romano, o direito cogente no plano internacional revela a evolução do direito internacional, a ponto de consolidar, atualmente, o pensamento de ter ele status superior em relação a todas as demais normas. Já objeto de divagação por Grocius, o jurista George Scelle, em momentos antecedentes à Segunda Guerra Mundial, aprofundou o debate, trazendo à tona a existência de normas costumeiras superiores, compulsórias aos Estados. No pós 2<sup>a</sup> Guerra, intensificaram-se as vozes dos doutrinadores para defender a concepção de ordem jurídica internacional, fundada em normas impositivas aos Estados. No tocante à jurisprudência, acompanhou-se a tendência doutrinária, sendo o acórdão do Tribunal de Nuremberg, no julgado envolvendo a empresa Krupp, a encetar a aplicação desse direito a casos concretos, embora não explicito o termo em qualquer de suas passagens.<sup>2</sup>

A Convenção de Viena sobre direito dos tratados, datada de 1969, cuja entrada em vigor ocorreu em 1980 consolidou o *status* diferenciado das normas imperativas de direito internacional geral, ao lhes conceder força para tornar nulo tratados que com elas colidam:

Artigo 53: Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*ius cogens*)

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. **Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza**<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. 3<sup>a</sup> Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 278-280.

<sup>3</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados**. 1969. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 20 de maio de 2013. Grifo nosso.

A despeito do texto do artigo 53 salientar, à primeira impressão, a necessidade de aceitação por todos os Estados, de fato, basta a anuência em geral, não a específica - de cada ente em particular<sup>4</sup>. Devido a essa Convenção, alterou-se a não existência de hierarquia entre as normas de direito internacional vigente até a década de 1960; hoje, todas estão em pé de igualdade, salvo o *jus cogens*, caracterizado pela superioridade quando conflitar com normas convencionais ou costumeiras. Nesse quesito, o artigo 64 do tratado prevê tal superveniência e os efeitos dessa condição: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”<sup>5</sup>. Nenhuma das fontes formais, entretanto, sobressai sobre as demais<sup>6</sup>.

O destaque do direito cogente deve-se à sua relevância na articulação e efetivação de uma sociedade internacional, dado que a todos os Estados são normas de extremo valor e, por conseguinte, propiciam a convivência dos Estados no sistema internacional. O *jus cogens* liga-se à ordem pública da comunidade internacional, consolidando-a, de modo a firmar regras básicas e valores fundamentais, as quais “obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional, limitando inclusivamente a liberdade dos Estados e das Organizações Internacionais quer na conclusão de tratados, quer na prática de actos unilaterais”<sup>7</sup>.

O problema resta a cargo da vagueza do termo *jus cogens* na Convenção de Viena sobre direito dos tratados, já que não se determinou nem a sua amplitude, nem a sua definição<sup>8</sup>. Vale notar

<sup>4</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 282.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados**. 1969. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 20 de maio de 2013.

<sup>6</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 117-206.

<sup>7</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 278.

<sup>8</sup> BREAU, Susan C. Is the responsibility to protect evolving into a doctrine of public international Law? **International Law Association**, June, 2006, p. 19. Disponível em: <<http://www.ila2006.org/Breau.pdf>>. Acesso em: 25 de maio de 2013.

que a França colocou-se contrária a tal Convenção, devido, essencialmente, à codificação envolver esse tema em explícito<sup>9</sup>. Conforme esclarece Verdross<sup>10</sup>, no momento de discussão acerca da proposta de codificação do direito dos Tratados, alguns dos membros da Comissão entenderam desnecessária uma conceituação do *jus cogens*. O conceito, para eles, estaria contido no próprio nome, bem como na diferença com a regra ordinária de *jus dispositivum* (sujeito à dispensa pelas partes) no direito internacional público. Em síntese, “nenhum ato contrário ao *jus cogens* pode ser legitimado por meio do consentimento, aquiescência ou reconhecimento; nem o protesto é necessário para preservar os direitos afetados por tais atos”<sup>11</sup>.

Em face da opção feita na Convenção sobre direito dos tratados, simplificada, surgiram duas vertentes na doutrina: uma afirmativa e outra cética. Enquanto aquela, majoritária, aceita o termo e lhe dá aplicabilidade, esta afirma que ainda não se alcançou consenso acerca do conteúdo normativo do *jus cogens*, o que o torna apenas retórico<sup>12</sup>. A despeito de qualquer discussão, o *jus cogens* caracteriza-se pela regra inderrogável, ou seja, “regras de Direito Consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário”<sup>13</sup>.

Inexistem exemplificações constantes na própria Convenção de Viena de 1969 de *jus cogens*, o que não obsta ao seu reconhecimento, estando o enquadramento de casos, a cargo das outras fontes, em especial, doutrina e jurisprudência internacionais<sup>14</sup>. A inexistência de

<sup>9</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 281.

<sup>10</sup> VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. **The American Society of International Law**, vol. 60, nº 1, jan. 1966, p. 57-58.

<sup>11</sup> ORAKHELASHVILI, Alexander. The impact of peremptory norms on the interpretation and application of United Nations Security Council Resolutions. **European Journal of International Law**, 2005, vol. 16, nº 1, p. 78, tradução da autora.

<sup>12</sup> LINDERFALK, Ulf. The effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened the Pandora’s Box, did you ever think about the consequences? **European Journal of International Law**, 2007, vol. 18, nº 5, p. 853-855.

<sup>13</sup> BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 537.

<sup>14</sup> SOARES, Guido. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª Ed. volume

um rol vincula-se à própria essência do direito imperativo: ser um conceito aberto, conformando-se à evolução do sistema e direito internacional<sup>1516</sup>. Na lição de Brownlie<sup>17</sup>, os exemplares máximos do direito imperativo residem na proibição ao uso da força, ao genocídio, aos crimes contra humanidade, à discriminação racial, ao comércio de escravos e à pirataria. Em sua pesquisa, Nasser<sup>18</sup> encontrou menções ainda a princípios, dentre outros, o da *pacta sunt servanda*, o do direito humanitário codificado nas Quatro Convenções de Genebra, o dos direitos humanos e o do meio ambiente. Conforme ILC,

acima de tudo, os mais frequentemente citados candidatos para o status de *jus cogens* incluem: a) a proibição de uso agressivo da força; b) o direito de autodefesa; c) a proibição de genocídio; d) a proibição da tortura; e) crimes contra humanidade; f) a proibição contra a escravidão e o apartheid, e i) a proibição às hostilidades diretas à população civil (“regras básicas de direito internacional humanitário”)<sup>19</sup>.

Sobressai, nesse momento da exposição, processar os institutos do *jus cogens* e das obrigações *erga omnes*. Embora Dupuy acen-

1. São Paulo: Atlas, 2004, p. 132-133.

<sup>15</sup> SOLON, Clara Martins. Responsabilidade Internacional Agravada do Estado: Violações Graves de Normas de *Jus Cogens* e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Ceará: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, 2005, ano 6, vol. 6, nº 6, p. 61.

<sup>16</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **Report of the Study Group of the International Law Commission on Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, April 13, 2006, p. 190 (finalized by Martii Koskenniemi). Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf)>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

<sup>17</sup> BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 537.

<sup>18</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo: FGV, v. 1, nº 2, jun.-dez. 2005, p. 165.

<sup>19</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **Report of the Study Group of the International Law Commission on Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, April 13, 2006, p. 189 (finalized by Martii Koskenniemi). Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf)>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

tue que são “designações para o mesmo objeto, de ponto de vista diferente”<sup>20</sup>, as obrigações *erga omnes* ganharam maior espaço na jurisprudência, destacadamente, a partir do caso *Barcelona Traction*, decidido pela CIJ. Uma forma proposta de distinguir os institutos é por meio dos círculos concêntricos: as obrigações *erga omnes* seriam um círculo maior dentro do qual se inseriria outro círculo mais restrito, do *jus cogens*, que, por fim, teria em seu interior um círculo ainda menor para os crimes internacionais, estudados adiante<sup>21</sup>.

Devido a essa imagem figurativa, é verossímil dizer que o direito imperativo cria obrigações *erga omnes*, ao passo que não, necessariamente, estas se incluem naquele. Assim, para se configurar o *jus cogens*, deverá existir um elemento adicional em relação às normas somente *erga omnes*; para se verificar um crime internacional, seria imprescindível um elemento de gravidade mais intenso do que somente a violação ao *jus cogens*. Outros autores já aduzem uma explanação mais simplificada: normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* “são conceitos similares, mas vistos por pontos de vista diferentes, um do ponto de vista das obrigações, o outro do ponto de vista da hierarquia das normas”<sup>22</sup>. Difícil asseverar se há propriamente uma distinção entre os termos, mas um item resta evidente: o *jus cogens* é atributo das normas e *erga omnes*, de obrigações.

Desde a década de 1970, pacificou-se uma distinção premente entre a responsabilidade de um Estado em decorrência de ato confrontante com uma obrigação bilateral e daquela decorrente de uma obrigação para com a comunidade inteira. Importa uma vedação de tratar situações diferentes de modo semelhante no plano internacional. Evidente está que a dimensão de uma violação depende do número de envolvidos e da relevância da norma descumprida. Por isso, o reconhecimento de obrigações *erga omnes*, feito pela Corte

<sup>20</sup> DUPUY, Pierre-Marie. A General Stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility. **European Journal of International Law**, vol 13, n° 5, 2002, p. 1062.

<sup>21</sup> ABI-SAAD, Georges. The Uses of Article 19. **European Journal of International Law**, 1999, vol. 10, n° 2, p. 348.

<sup>22</sup> AJEVSKI, Marjan. Serious Breaches, The Draft Articles on State Responsibility and Universal Jurisdiction. **European Journal of Legal Studies**, col. 2, n° 1, 2008, p. 22.

Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*, e reiterada em outros julgados, impactou o direito internacional:

Em específico, uma distinção essencial deveria ser estabelecida entre obrigações de um Estado para com toda a comunidade internacional e aquelas nascidas entre Estados no campo da proteção diplomática. Por sua verdadeira natureza, aquela obrigação refere-se a todos os Estados. Em função da importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem possuir um interesse legal em sua proteção; são obrigações *erga omnes*.<sup>23</sup>

As obrigações *erga omnes* caracterizam-se por obrigações que resultam em direitos para todos os Estados, individual ou comunitariamente considerados<sup>24</sup>.

### 3 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS VERSUS DIREITOS HUMANOS COMO JUS COGENS

Sem muita controvérsia, na opinião de leigos e *experts*, o exemplo máximo de *jus cogens* são os direitos humanos. Assume-se isso como premissa no presente trabalho, embora com algumas ponderações explicitadas posteriormente. Tão fácil conclusão deriva de um processo, denominado por Ramos de processo de internacionalização dos direitos humanos<sup>25</sup>, o qual trouxe à tona, mormente, após a mortandade perpetrada durante a 2ª Guerra Mundial, a ideia de que algum elemento comum precisaria existir, a fim de tornar coexistentes Estados (rivalidades e concepções) tão díspares.

Afirmar serem os direitos humanos essa conexão é uma verdade que possui seus limites. Diferentemente do âmbito interno, o plano

<sup>23</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **Case concerning the Barcelona Traction, light and power company, limited**. Second Phase, Judgment, February 1970, p. 33. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>. Acesso em: 11 de agosto de 2009.

<sup>24</sup> NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo: FGV. v. 1, n° 2, jun.-dez. 2005, p. 171-172.

<sup>25</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de Direitos humanos**: uma análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação de decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

internacional possui uma lógica própria: o direito internacional e seus institutos –aí incluída a responsabilidade internacional por violação a direitos humanos– dependem, não por completo, mas em parte, da aceitação dos Estados, dada a anarquia. Não se estão menosprezando os direitos humanos, porém inserindo na análise científica aqui proposta um pressuposto que parece necessário. Todavia, afirma-se que, ao contrário de outros pontos importantes, mas refutados pela maioria ou por completo pelos Estados, sim, a relevância dos direitos humanos hoje é, amplamente, aceita e defendida por eles, preponderantemente no discurso. Nas palavras de Trindade:

A reação às violações graves e sistemáticas dos direitos humanos e do direito internacional humanitário passou a constituir, em nossos dias, uma legítima preocupação da comunidade internacional como um todo. [...] A partir do momento em que a comunidade passa a professar determinados valores fundamentais e superiores, precisa aceitar a conseqüência do estabelecimento de um regime especial de responsabilidade agravada (correspondente ao crime internacional), sempre e quando se atentar contra aqueles valores ou quando se violarem normas que os protejam.<sup>26</sup>

Uma amostra da retórica favorável está no exposto na Conferência Mundial das Nações Unidas no ano de 2005, quando se estabelece o dever da comunidade internacional e dos órgãos políticos de defender os direitos humanos:

A comunidade internacional, por meio das Nações Unidas, tem também a responsabilidade de usar meios diplomáticos, humanitários e outros meios pacíficos apropriados, em conformidade com os capítulos VI e VIII da Carta, a fim de ajudar a proteger as populações do genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade. Nesse contexto, estamos preparados para uma ação coletiva, de forma oportuna e decisiva, por meio do Conselho de Segurança, em conformidade com a Carta, inclusive com o capítulo VII,

---

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2014.

conforme uma análise casuística e em cooperação com as organizações regionais se apropriado, quando os meios pacíficos e nacionais são manifestamente incapazes de proteger as suas populações do genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade. Ressaltamos a necessidade de a Assembleia Geral continuar a ponderação sobre a responsabilidade de proteger as populações do genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade e suas implicações, tendo em conta os princípios da Carta e do direito internacional. Pretendemos também nos comprometermos, como necessário e apropriado, a ajudar os Estados no desenvolvimento de capacidades para proteger as suas populações do genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade e para ajudar aqueles que estão sob o estresse anterior a eclosão das crises e conflitos.<sup>27</sup>

Nesse mesmo documento, explicita-se que, além da comunidade internacional e dos órgãos coletivos, os Estados devem primar pelos direitos humanos. Portanto, se violado esse dever, nasce a responsabilidade internacional:

Cada Estado, individualmente, possui a responsabilidade de proteger sua população de genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade. Essa responsabilidade implica a prevenção de tais crimes, incluindo a sua instigação, por meio dos modos necessários e apropriados.<sup>28</sup> [...]

Ainda que frustrante para muitos, o discurso dos Estados pró-direitos humanos pode indicar avanços, pois aponta alguma unidade dentro de um contexto envolto pela “lógica ilógica” da política internacional. Ao lado dessa mínima aceitação, é inegável que um passo já foi dado pela Comissão de direito internacional, por meio

---

<sup>27</sup> UNITED NATIONS. **Resolution adopted by the General Assembly** on 16 September 2005. Disponível em: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>>. Acesso em 12 de setembro de 2014.

<sup>28</sup> UNITED NATIONS. **Resolution adopted by the General Assembly** on 16 September 2005. Disponível em: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>>. Acesso em 12 de setembro de 2014.

da finalização do projeto de Convenção da CDI, após décadas de discussões, travadas, principalmente, pela inserção do artigo 19 que continha a noção de crime internacional. Formulado pelo relator Roberto Ago, tal dispositivo propunha a distinção entre responsabilidade por crime e por delito internacionais, isto é, dois regimes de responsabilidade<sup>2930</sup>. A oposição dos Estados culminou na retirada do artigo do projeto final pelo então relator Jamie Crawford por considerá-lo redundante. Em seu lugar, contudo, consta, no capítulo terceiro, parte dois, denominado “Violações graves de obrigações decorrentes de normas imperativas de direito internacional geral”, uma tentativa de manter a noção de uma responsabilidade mais gravosa:

*Artigo 40 Aplicação deste Capítulo*

1. O presente capítulo aplica-se à responsabilidade internacional resultante de uma violação grave por um Estado de uma obrigação oriunda de uma norma imperativa de direito internacional geral.

2. Uma violação de tal obrigação é grave se ela envolver uma violação flagrante ou sistemática por parte do Estado responsável pela execução da obrigação.<sup>31</sup>

A adoção desse dispositivo pretendeu desfigurar a ideia de crime internacional. Substancialmente, houve a limitação, na medida em que a responsabilidade por violações graves restou pontuada não a quaisquer casos de violação do *jus cogens*, mas tão somente aos casos sérios. Estes se caracterizam quando existir gravidade na ofensa e organização por parte do Estado ao praticá-la. Excluiu-se desse regime agravado, pois, os atos não sistemáticos, não flagrantes ou os de pouco vulto, mesmo que configurem desrespeito ao direito

<sup>29</sup> CRAWFORD, James. **The International Law Commission’s Articles on State Responsibility**: Introduction, Text and Commentaries. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 1-3.

<sup>30</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **State responsibility**. July 2006. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/guide/9\\_6.htm](http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_6.htm)>. Acesso em: 04 de agosto de 2013.

<sup>31</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. 2001. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 01 de maio de 2013.

cogente. Todavia, ao relembrar a lição de Abi-Saad<sup>32</sup>, pode-se concluir que, na prática, o conceito de crime internacional já incluía essa restrição: nem todas as violações ao *jus cogens* configurariam crime.

Em que pesem as críticas ao crime internacional, muitos autores advogam – e a essa corrente a presente monografia se filia – que se operou uma alteração, eminentemente, terminológica: na violação grave de *jus cogens* se encaixam os mesmos exemplos de crime do projeto anterior (agressão, genocídio...). O governo japonês constatou essa evidência, chegando a alegar “‘violações graves’ como consta do artigo 41 é o equivalente ao crime internacional, apenas disfarçado”<sup>33</sup>. Segundo essa lógica, são as mesmas condições para se configurar o crime - natureza específica da obrigação e seriedade da violação<sup>34</sup>. Nas palavras de Wyler, “crime e violações sérias são irmãos gêmeos do horror”<sup>35</sup> e, posteriormente, ele arremata: “não me parece que a noção de crime tenha sido separada em diversos elementos, mas somente em violações sérias e não sérias –um esquema binário igual ao antigo”<sup>36</sup>.

O projeto ainda prescreve a hipótese, no artigo 48 do projeto da CDI, de qualquer Estado, além do agredido, demandar o ofensor com o intento de exigir a cessação do ato, garantias de não repetição e a devida reparação, quando a obrigação for devida à comunidade internacional como um todo<sup>37</sup>. É curioso que tanto ao Estado agressor

---

<sup>32</sup> ABI-SAAD, Georges. The Uses of Article 19. **European Journal of International Law**, 1999, vol. 10, n° 2, p. 348.

<sup>33</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **State responsibility**: comments and observations received from governments. 2001, p. 49. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/292/18/PDF/N0129218.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 set. 2009.

<sup>34</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 784.

<sup>35</sup> WYLER, Eric. From State Crime to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under Peremptory norms of General International Law. **European Journal of International Law**, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1159.

<sup>36</sup> WYLER, Eric. From State Crime to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under Peremptory norms of General International Law. **European Journal of International Law**, 2002, vol. 13, n° 5, p. 1160.

<sup>37</sup> INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. 2001, p. 126. Disponível em: <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/>

quanto a todos os demais membros da comunidade internacional refletem efeitos tal violação grave às normas imperativas:

Artigo 41 *Consequências específicas da violação grave de uma obrigação segundo este capítulo*

1. Os Estados devem cooperar para pôr fim, por meios lícitos, a toda violação grave conforme o artigo 40.
2. Nenhum Estado deve nem reconhecer como lícita uma situação criada por uma violação grave no sentido do artigo 40, nem prestar auxílio ou assistência na manutenção da situação.
3. “O presente artigo não prejudica outras consequências suplementares que possam decorrer, segundo o direito internacional, de uma violação à qual se aplica o presente capítulo.”<sup>38</sup>

Não se desconhece que o projeto em apreço não foi ainda tornado convenção. Não é isso que tira dele toda a sua expressividade. Frise-se que a responsabilidade internacional por violação aos direitos humanos representa um dos anseios da sociedade internacional, cuja composição não é mais somente de Estados, posto congregue também atores não estatais, como indivíduos, organizações, etc. A ausência de um poder soberano acima dos sujeitos de direito internacional, realmente, impõe limites, que, talvez, possam ser contornados a longo prazo. Atualmente, já há um consenso retórico mínimo acerca da importância dos direitos humanos, ainda que a prática esteja longe do almejado. Progressivamente, contudo, os Tribunais internacionais e regionais pautam seus julgados no *jus cogens* quando se viola direitos humanos, enriquecendo o rol de matérias a serem analisadas sob o prisma de inderrogabilidade e supremacia. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, por exemplo, no caso *Prosecutor v. Anto Furundžija*, firmou a proibição à tortura – evidente direito humano - no patamar do direito imperativo. “Por óbvio, a natureza do *jus cogens* de proibição contra a tortura articula a noção de que a proibição agora se torna um dos mais fundamentais padrões da

---

commentaries/9\_6\_2001.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2009.

<sup>38</sup>INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries.** 2001, p. 126. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 01 de maio de 2009.

comunidade internacional. (...) É um valor absoluto do qual ninguém pode se desviar”<sup>39</sup>.

## 4 ANÁLISE CASUÍSTICA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL COMO INSTITUTO PARA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

### 4.1 Corte Internacional de Justiça (CIJ)

A Corte Internacional de Justiça possui competência consultiva e jurisdicional, sendo que, nesta modalidade, só atenderá casos entre Estados. Conquanto não seja uma instituição especializada em direitos humanos, é a corte máxima para dirimir conflitos entre Estados, desde que aceitem serem lá demandados. Sobre o tema de direitos humanos, de acordo com Crook<sup>40</sup>, há 4 limitações: amplo mandato (trata de consultas enviadas pelos órgãos da ONU e pelo secretário geral e de controvérsias entre Estados em diversas matérias), jurisdição contenciosa limitada (requer aceitação do Estado para ser demandado), procedimento (que pode ser demorado, dispendioso e burocrático) e os juízes (escolhidos, muitas vezes, por questões políticas, além de nem sempre serem especialistas em direitos humanos). Levando-se em conta tais ponderações, parece claro que julgados da CIJ refletirão esses limites.

O caso *La Grand*<sup>41</sup> envolveu Alemanha e Estados Unidos. Aquele Estado, entendendo violados os direitos de seus nacionais (irmãos La Grand) já que não teriam tido direito à assistência consular quando foram presos e julgados, prevista na Convenção de Viena

<sup>39</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). Judgment **Prosecutor v. Anto Furundžija**. 10 December 1998, p. 55. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2009.

<sup>40</sup> CROOK, John R. The International Court of Justice and human rights. **Northwestern University Journal of international law of human rights**, volume 1, fall 2004.

<sup>41</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **La grand case (Germany v. United States of America)**, Judgments, advisory opinions and orders. Judgment of 27 June 2001. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

sobre relações consulares, ratificada por ambos os Estados litigantes, levou a questão à Corte ao ter ciência de que um dos irmãos já havia sido executado e o outro o seria no próximo dia. A CIJ concedeu medida cautelar para que os Estados Unidos não executassem Walter La Grand, porém isso ocorreu. Ao final, o tribunal entendeu que a convenção criaria direitos individuais, bem como direito e obrigação para os Estados, além de afirmar que as medidas provisionais seriam de cumprimento peremptório. Tal decisão representa uma lição ao pacificar o tema quanto aos direitos individuais decorrentes da ratificação de convenções por parte dos Estados. Conforme a sentença,

há razão para a disputa quanto à possibilidade de o §1 (h) criar direitos individuais e se a Alemanha tem legitimidade para fazer valer esses direitos em nome de seus nacionais. (...) Além disso, o tribunal não pode aceitar o argumento dos Estados Unidos ao afirmarem que a alegação da Alemanha, baseada no direito individual dos irmãos La Grand, está além da jurisdição da corte, porque a proteção diplomática é um conceito de direito internacional consuetudinário.<sup>42</sup>

No caso *Arrest Warrant*<sup>43</sup>, entre República Democrática do Congo e Bélgica, a CIJ teve a oportunidade de mostrar sua posição sobre a jurisdição universal, embora tenha se furtado dessa obrigação, usando outros argumentos para deferir o pleito congolês. Na Bélgica, foi expedido um mandado de prisão contra o Senhor Yerodia, ocupante do posto de Ministro de Relações Exteriores no Congo, sob a alegação de que publicamente incitara a população do país a atacar integrantes da etnia Tutsi (crime contra a humanidade). Tais discursos teriam contribuído para a morte e execução de milhares, bem como de prisões e julgamentos arbitrários de tantos outros. A república democrática do Congo alegou - e a Corte reconheceu - que

<sup>42</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **La grand case (Germany v. United States of America)**, Judgments, advisory opinions and orders. Judgment of 27 June 2001, p. 483. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

<sup>43</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **Arrest Warrant of 11 April 2000** (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports, 2002. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2011.

a Bélgica teria violado a imunidade de jurisdição criminal e a inviolabilidade dos ministros, devendo cancelar, assim, a ordem de prisão.

Seguindo as observações de Rosalyn Higgins, juíza da CIJ até 2009, três casos recentes devem ser estudados quando se trata de direitos humanos: Muro da palestina, *Congo v. Uganda e Bosnia-Herzegovina v. Sérvia-Montenegro*<sup>44</sup>. Em 2004, a Corte foi instada a opinar sobre a construção do muro de isolamento, construído por israelenses, em território palestino. Além de reconhecer que Israel violou obrigações *erga omnes* –direito à autodeterminação do povo palestino e direito humanitário- aplicou, sem mencionar, a norma do artigo 41 do projeto da CDI, referente às consequências específicas quando há violação grave ao *jus cogens*. “Todos os Estados estão obrigados a não reconhecer a situação ilegal resultante da construção do muro e a não prestar ajuda ou assistência para manter a situação criada por essa construção”<sup>45</sup>. Vale apenas lembrar que o presente caso não se trata de um contencioso, mas tão somente de uma resposta à consulta enviada à Corte pelo ex-secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, em nome e a pedido da Assembleia Geral.

A República democrática do Congo, em 1999, requereu a instauração de processo contra Uganda alegando que este Estado desrespeitara, por meio de agressão armada, as Cartas das Nações Unidas e da Organização da Unidade Africana. Em 2000, as medidas cautelares foram deferidas para que se respeitasse os direitos dos homens e as obrigações existentes entre as partes litigantes. Em 2005, a Corte decidiu, dentre outros requisitos, que Uganda, ao invadir a região congoleza de Ituri, feriu os princípios da não intervenção e não uso da força, bem como violou direitos humanos:

considera que a República de Uganda, pela conduta de suas forças armadas, cometeu atos de tortura, de matança, e outras formas de tratamento desumano com a população congoleza

---

<sup>44</sup> HIGGINS, Rosalyn. Human Rights in the International Court of Justice. **Leiden Journal of International Law**, vol 20, 2007, p. 750.

<sup>45</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory**. Advisory opinion of 9 July 2004, p. 202. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2009.

civil, destruiu aldeias e prédios civis, falhou em distinguir entre alvos civis e militares e em proteger a população civil durante o combate, em treinou crianças-soldados, incitou o conflito étnico e não tomou medidas para por fim a esse conflito; bem como pelo seu fracasso, como potência ocupante, de tomar medidas para respeitar e fazer respeitar os direitos humanos e direito internacional humanitário no distrito de Ituri, violou suas obrigações sob a lei internacional dos direitos humanos e o direito humanitário internacional.<sup>46</sup>

Em 1993, a Bósnia-Herzegovina ingressou com o pleito perante a CIJ para que fosse reconhecida a responsabilidade da República federativa da Iugoslávia (sucedida pela Servia e Montenegro em 2003 e, em 2006, pela Sérvia) pela violação à Convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio de 1948. A conclusão dos juízes, proferida em 2007, não reconheceu a prática, a incitação ou a cumplicidade com o genocídio por parte da Sérvia. Em contrapartida, a Sérvia foi responsabilizada por não evitar o genocídio de Srebrenica em 1995 e por não cooperar com o Tribunal penal para a ex-Iugoslávia ao deixar de entregar Ratko Mladic, acusado de ser um dos mentores do genocídio<sup>47</sup>. Em síntese, os três casos destacados por Rosalyn Higgins denotam uma modificação de postura da Corte ao não mais perceber a responsabilidade internacional dos Estados como fruto somente de violações às obrigações existentes entre Estado-Estado, mas também às existentes entre Estado-sociedade internacional/indivíduos.

---

<sup>46</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)**. Reports of judgments, advisory opinions and orders. Judgment of 19 december 2005, p. 116. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> >. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

<sup>47</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)**. Judgments, advisory opinions and orders. Judgment of 26 february 2007, p. 237-241. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> >. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

## 4.2 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Órgão judicial da Organização dos Estados americanos (OEA), a CIDH possui autonomia, sendo competente para receber consultas, além de dirimir conflitos entre Estados sobre aplicação e interpretação do conjunto normativo que compõe o sistema interamericano. Apesar da tímida atuação da CIJ sobre responsabilidade internacional dos Estados por violação a direitos humanos, a Corte regional debruça-se sobre um número muito mais considerável de casos referente a direitos humanos, uma vez que sua competência é especializada. Por isso, seus contributos são sensivelmente mais significativos.

A CIDH, liderada pelo brasileiro Augusto Cançado Trindade, constituiu uma série de julgados a abordar expressa ou implicitamente a questão. Emblemático foi o caso *Myrna Chang versus Guatemala* de 2003, no qual a Corte entendeu pela responsabilidade internacional, alegando que o demandado, à época dos fatos, executara pessoas com o consentimento estatal, não tendo criado, até o momento da sentença, mecanismos viabilizadores de investigações sérias<sup>48</sup>. No julgamento do *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, explicitamente, formalizou a expressão responsabilidade ao fundamentar que a violação dos direitos humanos e, no caso concreto, de execuções extrajudiciais, além de as vítimas serem crianças, caracterizavam-se de tal monta que afrontara o *jus cogens*<sup>49</sup>.

Fortalecendo essa tendência, dois anos depois, no caso *Goi-burú y otros versus Paraguay*, frente à participação desse Estado na Operação Condor durante a ditadura militar e frente à ineficiência de suas autoridades em investigar a fundo os fatos ocorridos nesse ínterim, o Paraguai foi responsabilizado, sob o fundamento de que houve afronta ao *jus cogens*, ao praticar atos violadores dos direitos

---

<sup>48</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2009.

<sup>49</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú**. Sentencia de 8 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_110\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2009.

humanos, tais como tortura e desapareição forçada de pessoas. Sobremaneira, coube destaque a que os altos funcionários do governo, à época, tinham pleno conhecimento dos desmandos de seus subordinados, o que tornara a situação ainda mais repudiável<sup>50</sup>. Em igual perspectiva, no caso *La Cantuta versus Perú*:

O Tribunal considerou que a responsabilidade internacional do Estado vê-se agravada quando a desapareição faz parte de um padrão sistemático ou da prática aplicada ou tolerada pelo Estado, por ser um delito contra a humanidade que implica um abandono crasso dos princípios essenciais.<sup>51</sup>

No seu último voto como juiz da CIDH, Antônio Cançado Trindade explica o valor do passo dado por esse Tribunal diante dessa série de casos emblemáticos julgados pela Corte:

Com a presente sentença da Corte, no caso *La Cantuta*, encerra-se um ciclo histórico de fazer justiça por parte desta Corte, que revelou que o primado do Direito afirma-se mesmo nas circunstâncias mais adversas para os titulares dos direitos humanos – a pessoa humana, sujeito de Direito Internacional, mesmo no estado de completa indefesa- como revelado, v.g., nos casos julgados por esta Corte, ocorridos, no marco da sinistra Operação Condor, durante o regime Fujimori (casos de *Barrios Altos e La Cantuta*, entre outros), durante o regime Pinochet (caso *Almonacid*) e durante o regime Stroessner (caso *Goiburú e outros*)<sup>52</sup>.

De suma importância são os contributos da Corte Interameri-

<sup>50</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Goiburú y otros v. Paraguay. Sentencia** de 22 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.doc)>. Acesso em: 14 ago. 2009.

<sup>51</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Sentencia de 29 de noviembre de 2006, p. 67. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2009.

<sup>52</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso La Cantuta Vs. Perú.** Sentencia de 29 de noviembre de 2006, p. 20. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2009.

cana de direitos humanos no que tange aos direitos humanos como *jus cogens*. Muito do avanço alcançado por essa corte regional deve-se ao ex-juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, em cujos votos esmiuçou o quão necessário se faz esse instituto. No que tange ao direito cogente, por exemplo, no caso *Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, ele explorou que “a proibição absoluta da tortura emana da fonte material do direito por excelência, a consciência jurídica universal. Dessa última emanam, igualmente, a consagração e a expansão do domínio do *jus cogens* internacional”<sup>53</sup>.

Quanto à aplicação prática da responsabilidade internacional por violação a direito imperativo, portanto, há certa dificuldade até mesmo interna dos órgãos julgadores a expor uma fundamentação translúcida no que tange ao *jus cogens* e, por conseqüência, à responsabilidade agravada. Em passagem de seu voto separado, no caso *Ximenes Peres*, Cançado Trindade critica:

Até o início de 2004 a Corte Interamericana vinha sendo, reconhecidamente, um dos tribunais internacionais contemporâneos que mais vinha contribuindo para a evolução do conteúdo material do *jus cogens*, seguida pelo Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia. Por alguma razão que escapa à minha compreensão, ultimamente parece ter se refreado em sua construção doutrinário-jurisprudencial a respeito<sup>54</sup>.

Consoante Breau, “a conclusão lógica da noção de responsabilidade estatal agravada: que a comunidade internacional tem a obrigação de intervir, de alguma forma, para parar as violações graves dos direitos humanos que violem normas do *jus cogens*”<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala**. Sentencia de 27 de noviembre de 2003, p. 3. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf) >. Acesso em: 31 de agosto de 2009.

<sup>54</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006, p. 15. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2009.

<sup>55</sup> BREAU, Susan C. Is the responsibility to protect evolving into a doctrine of public international Law? **International Law Association**, June, 2006, p. 22.

Por isso, a despeito da sociedade anárquica internacional, nada obsta à aplicação da responsabilidade internacional nesse tema em específico. Como ensina Solon, “os destinatários últimos de toda norma internacional são os seres humanos, e que a função precípua do Estado é promover o bem comum, afastando, em definitivo, resquícios da concepção voluntarista do Direito Internacional”<sup>56</sup>. Deve-se ter em mente que há especialmente um ponto comum entre todas as decisões: violação ao núcleo essencial dos direitos humanos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção clássica de responsabilidade internacional, a qual requeria um dano para caracterizar a responsabilidade, teve de se remodelar em virtude da consagração do *jus cogens*. Atos sérios, conflitantes com o direito imperativo, acarretariam a responsabilidade internacional diferenciada. E essa constatação foi um dos contributos do esforço da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. A configuração de um caso de desrespeito à obrigação *erga omnes* cria para todos os Estados – e não somente ao violado- a chance de tomar atitudes cuja dimensão transcende o interesse individual.

Uma vez que inexistente ente superior aos Estados com força para lhes impor regras, eles próprios teriam de apoiar ou, minimamente, consentir com essa proposta. Isso implica que a criação de um tribunal internacional competente para julgá-los depende da posição favorável dos próprios atores estatais. Impende salientar que a primeira fase do projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sofreu o rechaço de países importantes, cuja veemente negativa suscitou a modificação do dualismo introjetado por Roberto Ago -delito e crimes internacionais- por um termo mais neutro - violações graves de obrigações oriundas de normas peremptórias de direito internacional geral.

Para alguns, a descaracterização do crime internacional fechou

---

<sup>56</sup> SOLON, Clara Martins. Responsabilidade Internacional Agravada do Estado: Violações Graves de Normas de *Jus Cogens* e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Ceará: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, 2005, ano 6, vol. 6, nº 6, p. 76.

um canal bastante propício a efetivar a responsabilidade internacional diferenciado. Cedendo às posturas estatais contrárias, a Comissão, na opinião de alguns, preferiu salvaguardar a aprovação do projeto a impulsionar o avanço do tema. Com a devida vênia a essa parcela da doutrina, deve-se reconhecer que o afastamento do termo crime internacional foi uma manobra política, cuja intenção foi preservá-lo e não o extinguir. Dado que o conceito de *jus cogens* consolidou-se no direito internacional, sua aceitação seria mais fácil se comparada a uma expressão, crime internacional de Estado, carregada de rejeição.

Responsabilizar os Estados por atos, flagrantemente, colidentes com suas normas basilares não acarreta apenas a valorização do conceito de cooperação internacional, mas veicula a ideia de que, malgrado inexistir entidade superior com força perante os Estados, há um núcleo mínimo de normas que eles devem respeitar. Por isso, ainda que vetassem a expressão crime sob o fundamento de inadequada penalização, os Estados anuíram que as consequências de certos atos dos Estados devem ser mais severos. Seja nos comentários governamentais ao projeto da Comissão, seja na atuação prática, isso resta evidente. A alteração foi, fundamentalmente, terminológica, pois a expressão atual, violação grave ao *jus cogens*, fez remanescer a construção teórica idealizada aos crimes.

Não é sem motivos que, ao longo dos séculos, a responsabilização dos Estados não tenha granjeado o *status* de matéria codificada, permanecendo sob o prisma do direito costumeiro. Verificando, constata-se a complexidade de os Estados consentirem em imputar a eles mesmos deveres e sanções na ordem jurídica internacional, fato que implicaria limitar a soberania, ao conceder consideráveis poderes a um ente não estatal, isto é, a um tribunal internacional. Por óbvio, questões profundas justificam esse comportamento, seja o temor de perder parcela de soberania, seja a possibilidade de, ao reconhecer a responsabilidade agravada, os próprios Estados restarem limitados em alguma medida.

Se a responsabilidade internacional é diferenciada quando um Estado viola gravemente norma de direito internacional geral (*jus cogens*), deve-se perguntar qual o conteúdo desse direito. Muitas dúvidas remanescem, haja vista a Convenção de Viena sobre

direito dos tratados ter silenciado. Seguindo o projeto da CDI, o polêmico artigo 19, inserido em 1976, exemplificava hipóteses que configurariam crime internacional: violação grave de uma obrigação internacional de tamanha importância para a manutenção da paz e segurança internacional, tal como aquela que proíbe a agressão; violação grave em ampla escala de uma obrigação internacional de tamanha importância para salvaguardar os seres humanos, tal como a que proíbe escravidão, genocídio e *apartheid*.

Por ser o *jus cogens* “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”, significa aceitar que apenas certos assuntos, consideravelmente, pacíficos entre os sujeitos de direito internacional, teriam alcançado o patamar de normas cogentes. Isso restringe o campo de aplicação da responsabilidade diferenciada.

A consagração dos direitos do homem foi um processo gradual ao longo da história, movido por anseios, mas obstado por tensões e interesses. Por meio de uma verificação crítica, averigua-se que o reconhecimento internacional dos direitos humanos é um fato. Não faltam instrumentos normativos a prevê-los, dentre os quais se citam a Carta das Nações Unidas, a Carta de Bogotá, etc. Atualmente, atingiu-se um patamar distinto: o da proteção. Como bem apontado por Bobbio, “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”<sup>57</sup>.

Quando uma afronta aos direitos humanos alcança a esfera internacional, já está consagrado o desrespeito no nível interno aos Estados. Por conseguinte, lida-se com casos, em regra, muito graves, a ponto de poder suscitar a responsabilidade internacional agravada (antigo crime internacional). Dada a gravidade, não se fere apenas um direito individual, mas um dever coletivo de um Estado para com a sociedade internacional. Em face do exposto, o conteúdo do *jus cogens* quanto aos direitos humanos, no estágio atual, está restrito

---

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

a um conteúdo mínimo. Somente esse campo limitado consagra a devida anuência entre os atores internacionais.

A historicidade dos direitos humanos, esposada por Bobbio<sup>58</sup>, serve para afirmar que tal conteúdo mínimo variará de acordo com a época histórica a ser analisada. Em virtude da controvérsia, embora não se possa –e nem se pretenda– pontuar especificadamente o que está contido no *jus cogens* como direitos humanos, pode-se aferir que, diante da amostra das decisões das cortes (internacional e interamericana), já se reconhece, em uma parcela dos direitos humanos –e não no todo– a condição de direito imperativo.

Como pontuado desde o início do trabalho, pretendia-se apontar o limite da responsabilidade internacional dos Estados como elemento adicional à proteção dos direitos humanos. Este é o limite atual: apenas alguns direitos humanos obtiveram o *status* necessário para serem levados às cortes internacionais e regionais e receber delas o devido tratamento. Como padrão na atualidade, todos os julgados analisados tocam em questões sérias de desrespeito ao direito, talvez, mais humano de todos: a vida. Casos de genocídio, massacres, tortura, desaparecimentos forçados são exemplares únicos de violações à vida na sua essência e, por isso, quicá, recebiam a devida atenção das cortes internacionais e regionais. Embora esse limite seja impeditivo, mudanças estão sendo operadas no cenário internacional, seja pela maior atenção dada pela corte máxima (CIJ) às questões de direitos humanos, seja pela política de escolha dos magistrados que compõem esses tribunais atenta à necessidade de especialistas em direitos humanos (por exemplo, o brasileiro Cançado Trindade em 2009 para a CIJ), seja pela ousadia, em seu sentido positivo, das cortes regionais de enfrentar problemas estruturais existentes em seus limites territoriais (por exemplo, as sentenças da CIDH sobre o período ditatorial).

---

<sup>58</sup>BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 209.

## REFERÊNCIAS

ABI-SAAD, Georges. The Uses of Article 19. **European Journal of International Law**, vol. 10, nº 2, 1999.

AJEVSKI, Marjan. Serious Breaches, The Draft Articles on State Responsibility and Universal Jurisdiction. **European Journal of Legal Studies**, col. 2, nº 1, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BREAU, Susan C. Is the responsibility to protect evolving into a doctrine of public international Law? **International Law Association**, june, 2006.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala**. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf)>. Acesso em: 31 de agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú**. Sentencia de 8 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/>

seriec\_110\_esp.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso Goiburú y otros v. Paraguay. Sentencia** de 22 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.doc)>. Acesso em: 14 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Caso La Cantuta Vs. Perú**. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2014.

CRAWFORD, James. **The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

CROOK, John R. The International Court of Justice and human rights. **Northwestern University Journal of international law of human rights**, volume 1, fall 2004.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. A General Stocktaking of the connections between the multilateral dimension of obligations and codification of the law of responsibility. **European Journal of International Law**, vol 13, n° 5, 2002.

HIGGINS, Rosalyn. Human Rights in the International Court of Justice. **Leiden Journal of International Law**, vol 20, 2007.

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). Judgment **Prosecutor v. Anto Furundžija**. 10 December 1998, p. 55. Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2009.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). **Case concerning the Barcelona Traction, light and power company, limited**. Second Phase, Judgment, February 1970. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>. Acesso em: 11 de agosto de 2009.

\_\_\_\_\_. **La grand case (Germany v. United States of America)**, Judgments, advisory opinions and orders. Judgment of 27 June 2001. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. **Arrest Warrant of 11 April 2000** (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports, 2002. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>>. Acesso em: 20 de junho de 2011.

\_\_\_\_\_. **Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory**. Advisory opinion of 9 July 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2009.

\_\_\_\_\_. **Armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)**. Reports of judgments, advisory opinions and orders. Judgment of 19 December 2005, p.

116. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf> >. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. **Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)**. Judgments, advisory opinions and orders. Judgment of 26 february 2007, p. 237-241. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf> >. Acesso em: 20 de agosto de 2011.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION (ILC). **State responsibility**: comments and observations received from governments. 2001. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/292/18/PDF/N0129218.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 25 set. 2009.

\_\_\_\_\_. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 01 de maio de 2009.

\_\_\_\_\_. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 01 de maio de 2009.

\_\_\_\_\_. **Report of the Study Group of the International Law Commission on Fragmentation of International Law**: Difficulties arising from the diversification and expansion of international law, U.N. Doc. A/CN.4/L.682, April 13, 2006 (finalized by Martii Koskenniemi). Disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_l682.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf)>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

LINDERFALK, Ulf. The effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened the Pandora´s Box, did you ever think about the consequences? **European Journal of International Law**, vol. 18, nº 5, 2007.

NASSER, Salem Hikmat. **Jus Cogens**: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo: FGV. v. 1, nº 2, jun.-dez. 2005.

ORAKHELASHVILI, Alexander. The impact of peremptory norms on the interpretation and application of United Nations Security Council Resolutions. **European Journal of International Law**, vol. 16, nº 1, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados**. 1969. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 20 de maio de 2013.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª Ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de Direitos humanos**: uma análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação de decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOARES, Guido. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª Ed. volume 1. São Paulo: Atlas, 2004.

SOLON, Clara Martins. Responsabilidade Internacional Agravada do Estado: Violações Graves de Normas de **Jus Cogens** e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Ceará: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, ano 6, vol. 6, nº 6, 2005.

UNITED NATIONS. **Resolution adopted by the General Assembly** on 16 September 2005. Disponível em: < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>>. Acesso em 12 de setembro de 2014.

VERDROSS, Alfred. Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law. **The American Society of International Law**, vol. 60, n° 1, jan. 1966.

WYLER, Eric. From State Crime to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under Peremptory norms of General International Law. **European Journal of International Law**, vol. 13, n° 5, 2002.

# O ESTADO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS HUMANOS

Josiana Dourado Castro<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República, conforme dispõe o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira. Desse modo, existe um compromisso constitucional do Estado no respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos exigem a mobilização da sociedade, a denúncia e o diálogo, incentivando uma cultura ética humanista e uma educação crítico-problematizadora. Assim, é fundamental promover o debate para a criação de políticas públicas nos mais diversos segmentos da sociedade, objetivando a defesa e a promoção dos direitos humanos.

A busca da efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados deve ser garantida pelo Estado por meio de políticas públicas. Os direitos humanos precisam ser amparados por um Estado e uma sociedade que não admita e denuncie atos de violações. Deve haver o engajamento da sociedade, bem como das instituições instituídas, visando à conscientização e à proposição de políticas públicas que assegurem práticas para construção de uma sociedade pautada na ética e no diálogo, fortalecendo um estado de humanização.

O Estado, além de proteger os indivíduos e sua autonomia, sem qualquer interferência que viole seus direitos, deve criar condições que assegurem a dignidade da pessoa humana.

Desta feita, iniciamos o presente trabalho fazendo um breve apanhado acerca das dimensões dos direitos humanos e do orde-

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

namento jurídico acerca do tema, contrapondo o interesse público aos direitos dos cidadãos, bem como abordamos a questão da implementação de políticas públicas.

## 2 OS DIREITOS HUMANOS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E INSERÇÃO NORMATIVA

### 2.1 Breves Considerações Acerca das Dimensões dos Direitos Humanos

Preferimos utilizar a expressão “dimensões”, em detrimento ao termo “gerações”, com objetivo de não transmitir a ideia de superação<sup>2</sup>, tendo em vista que os direitos humanos são resultado de experiências históricas, sociológicas, políticas e econômicas<sup>3</sup>. A concepção atual de direitos humanos foi formada a partir de uma evolução, em que direitos humanos sociais não superaram ou precederam os direitos humanos liberais<sup>4</sup>. Os direitos humanos podem ser compreendidos diante das diversas dimensões, sem que haja

---

<sup>2</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade critica o termo “gerações” por desconsiderar a evolução dos Direitos Humanos, destacando que o que ocorre não é a sucessão, mas a expansão, cumulação e o fortalecimento. (**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 25). Já José Luiz Bolzan de Moraes, ao adotar o termo “gerações”, refere que “os direitos humanos não nascem todos de uma vez, eles são históricos e se formulam quando e como as circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas são propícias ou referem a inexorabilidade do reconhecimento de novos conteúdos, podendo-se falar, assim, em gerações de direitos humanos (...)” (**As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 84/85). À vista disso, verifica-se que a divergência é apenas terminológica, sendo que a doutrina converge com a ideia de processo cumulativo da evolução e do fortalecimento dos direitos humanos, e não de alternância ou substituição.

<sup>3</sup> NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149; TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005, p. 15.

<sup>4</sup> Conforme analisa Dimitri Dimoulis, é inexato falar em gerações de direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista, eis que alguns direitos sociais já se encontram nas primeiras Constituições de finais do século XVIII e início do século XIX.

hierarquia do seu desenvolvimento histórico<sup>5</sup>. Destarte, os direitos humanos detêm um caráter indivisível, sendo o estudo em “dimensões” de caráter apenas pedagógico.

A ideia de dimensões dos direitos humanos foi referida inicialmente por Karel Vasak em 1979, buscando demonstrar a evolução dos direitos humanos com base nos lemas da revolução francesa<sup>6</sup>, e difundida principalmente por Norberto Bobbio<sup>7</sup>, como base na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas em dezembro de 1948.

Após término da Segunda Guerra Mundial, em reação às atrocidades cometidas durante este período, houve a assimilação do conceito de “humanidade”, onde o Estado Mínimo transforma-se em Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*)<sup>8</sup>. Neste contexto de promoção à paz entre as nações, foi proclamada a Declaração Universal de 1948, prevendo no seu primeiro artigo: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com o espírito de fraternidade”. Tal norma foi reproduzida nas constituições de diversos países<sup>9</sup>, inclusive na Constituição da República Federativa do Brasil, em que a dignidade da pessoa humana foi elevada à condição de fundamento.

A Declaração de 1948 não esconde a referência à tradição dos “direitos naturais”, enfatizando os ideais da Revolução Francesa de 1789<sup>10</sup> - liberdade, igualdade e fraternidade. Conquanto, procu-

<sup>5</sup> AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio de tutelas jurisdicionais**. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006, p. 49/50.

<sup>6</sup> AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio de tutelas jurisdicionais**. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006, p. 45.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **I diritti dell'uomo, oggi**, in “L'esà dei diritti”, Torino: Einaudi, 1992, p. 226.

<sup>8</sup> MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 36.

<sup>9</sup> Constituição Italiana (1947 e 1949), Portuguesa (1976), Espanhola (1978), Brasileira (1988), entre outras.

<sup>10</sup> Refere-se aqui a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada

rou reunir as principais correntes políticas, através dos ideais das revoluções burguesas (direitos de liberdade ou civis e políticos), da tradição socialista (direitos de igualdade ou econômicos e sociais) e do cristianismo social (direitos de solidariedade), estendendo às parcelas da sociedade anteriormente excluídas (mulheres, escravos, estrangeiros, etc.)<sup>11</sup>. A Declaração consagrou os direitos humanos como unidade universal e indivisível, interdependente e interrelacionada, na qual devem ser respeitadas as duas classes de direitos: direitos civis e políticos (discurso liberal) e direitos econômicos, sociais e culturais (discurso social). Logo, restou criado um compromisso com a integração social, solidariedade e igualdade, com a preocupação central na proteção aos grupos vulneráveis<sup>12</sup>.

Os direitos humanos ditos de primeira dimensão buscam proteger os direitos civis e políticos, focados principalmente na liberdade do indivíduo em relação ao Estado, conforme consagrado nas primeiras Declarações do século XVIII – norte-americana de 1776 e francesa de 1789. Estes direitos individuais, caracterizados por serem negativos, limitam a atuação e interferência do Estado e estão ligados à concepção burguesa, objetivando preservar a liberdade pessoal, baseada na atuação econômica e o usufruto da propriedade<sup>13</sup>.

Há duas concepções acerca dos direitos de liberdade: negativa (de defesa) e positiva (de participação). A negativa exige do Estado uma não interferência arbitrária, limitando o Estado máximo, autoritário ou interventor<sup>14</sup>. A positiva consagrou os direitos políticos, que

---

pela Assembleia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789, que propagava as ideias de liberdade negativa do homem frente ao soberano e a conquista da não intervenção do Estado em suas atividades.

<sup>11</sup> TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005, p. 120.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 91/96; TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005, p. 21/22.

<sup>13</sup> DIMOULIS, DIMITRI. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 74.

<sup>14</sup> Entre estes direitos, muitos deles consagrados no art. 5º da CF, estão: liberdade, vida, propriedade, proibição de escravidão e tortura, proibição arbitrária, julgamento justo, privacidade, imagem, religião, livre expressão do pensamento, entre outros.

permitem ao indivíduo a participação na determinação política estatal de forma ativa, principalmente na escolha dos seus representantes e com participação direta na formação da vontade política<sup>15</sup>. A participação popular era prevista nas Declarações e Constituições do século XVIII e constitui base dos regimes democráticos até a atualidade.

Já os direitos de segunda dimensão incluem os direitos econômicos, sociais e culturais<sup>16</sup>, baseados em uma igualdade entre os indivíduos, atrelados ao conteúdo das liberdades positivas, não apenas como direito de não receber qualquer tratamento discriminatório e de ter direitos iguais a todos os demais, mas garantindo ainda sua concretização material, através de ações políticas promocionais<sup>17</sup>. Estes direitos ganharam força principalmente no final do século XIX, com a crise social e econômica na Europa, relacionada à industrialização e às desigualdades sociais, fazendo crescer teorias socialistas, estimulando uma maior intervenção do Estado para reconhecer os direitos das minorias<sup>18</sup>.

O princípio da igualdade primeiramente foi visto como o direito de não receber tratamento discriminatório e de ter direitos iguais, chamado de “igualdade formal”, segundo a qual “todos são iguais perante a lei”. Contudo, verificou-se que esta igualdade formal é insuficiente para atingir o fim desejado, de um tratamento justo e igualitário, uma vez que as pessoas detêm condições sociais, econômicas, físicas ou psicológicas diversas. Em virtude disto, em um segundo momento, passamos também a adotar a “igualdade substancial ou material”, concedendo tratamento diverso às pessoas

---

<sup>15</sup> Entre estes direitos estão: liberdade de associação e participação política direta ou indireta, soberania popular e regras básicas de democracia (liberdade de formação de partidos políticos, voto, etc.), entre outros, como os previstos nos arts. 14 e 17 da CF/88.

<sup>16</sup> Entre estes direitos estão: rol previsto no art. 6º e seguintes da CF/88, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, entre outros.

<sup>17</sup> MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 86.

<sup>18</sup> AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio de tutelas jurisdicionais**. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006, p. 54/60.

quando desiguais, em conformidade com as suas desigualdades, como forma de equacionar as diferenças e especificidades da pessoa humana<sup>19</sup>. A inércia do Estado se mostrou insuficiente para garantir as necessidades da sociedade, reconhecendo a obrigação do Estado em adotar uma postura ativa para a realização da justiça social<sup>20</sup>.

Mais recentemente, tem-se falado em “filosofia da diferença”, a qual se reivindica o “direito à diferença”, em que não se busca obter a igualdade propriamente dita, mas o respeito às diferenças, a partir da ambivalência. Ou seja, a par da igualdade formal e material, é preciso contemplar as diferenças entre os seres humanos, considerando que estes não são iguais entre si, respeitando a diversidade e o multiculturalismo<sup>21</sup>.

Os direitos de igualdade exigem do Estado uma maior atuação, com objetivo de concretizar direitos sociais, econômicos e culturais, obtendo uma melhor condição de vida a todos. Pretende-se que o Estado não apenas se abstenha de interferir na liberdade individual, mas que também realize prestações materiais a bens e serviços não adquiridos no mercado, seja por ausência de condições (alimentação, educação, saúde, etc.), seja por serem exercidos com monopólio do Estado (segurança pública).

Os direitos de segunda dimensão, por exigirem prestações por parte do Estado, são vistos por parte da doutrina como progressivos ou programáticos, ou seja, desprovidos de aplicabilidade imediata e de juridicidade. Como veremos adiante, esta concepção não encontra respaldo no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, embora reconhecemos a dificuldade de implementação dos direitos de segunda dimensão.

---

<sup>19</sup> MORAES, Celina Bondin de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 120.

<sup>20</sup> AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio de tutelas jurisdicionais**. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006, p. 54/60.

<sup>21</sup> MORAES, Celina Bondin de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121/124.

Por fim, os direitos de terceira dimensão estão ligados à fraternidade e tem como princípio nuclear a solidariedade, a qual emergem os demais direitos – como os relativos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, aos direitos coletivos ou difusos, ao patrimônio comum da humanidade, etc.<sup>22</sup>. Os valores fundamentais deixaram de ser a vontade e a liberdade individual, dando lugar a pessoa humana e a dignidade que lhe é intrínseca<sup>23</sup>. Estes direitos objetivam uma ordem social e internacional baseada na “solidariedade” e em uma “sociedade entre os povos”.

A solidariedade, como princípio, deve ser considerada na elaboração das leis e na execução de políticas públicas, bem como na interpretação e aplicação do Direito. O Estado deve levar em conta o interesse de outros Estados e de todos os seres humanos, reconhecendo a sociedade como um todo.

Há, ainda, autores que classificam outros direitos humanos como de quarta e até quinta dimensão<sup>24</sup>. Não obstante, preferimos adotar a divisão clássica, considerando que os direitos referidos nas demais dimensões se adaptariam a ideia de fraternidade e solidariedade, abrangidos pelos direitos de terceira geração.

Alguns autores afirmam que somente os direitos de primeira dimensão teriam aplicabilidade imediata e seriam exigíveis de imediato. Isto porque, a Declaração Universal de 1948 nasceu como um apanhado de valores e princípios, objetivando a reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético universal orientador da

---

<sup>22</sup> MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 85

<sup>23</sup> MORAES, Celina Bondin de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 138/139.

<sup>24</sup> Parte da doutrina classifica como de quarta dimensão os direitos à saúde, à paz, ao meio ambiente, bem como os direitos das gerações futuras e ao desarmamento, entre outros. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997; TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000; TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005).

ordem jurídica internacional, não havendo uma organização internacional com autoridade suficiente para tornar efetiva a garantia e a aplicação destes direitos<sup>25</sup>.

A Declaração de 1948, desprovida de caráter vinculante, tratou o processo de “juridicização” destes direitos através de tratados internacionais – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>26</sup>. Em relação ao primeiro pacto, tem-se que os direitos nele previstos devem ser assegurados de plano pelos Estados (auto-aplicabilidade). Enquanto em relação ao segundo, seria de realização progressiva, condicionados à atuação do Estado, que deve investir o máximo de recursos disponíveis para dar efetividade a estes direitos. Apesar disso, esta ausência de inexigibilidade tem sido mitigada pela doutrina e, inclusive, por nossa jurisprudência, reconhecendo que tais direitos são “justiciáveis”<sup>27</sup>.

Em que pese serem de realização progressiva, os direitos de segunda dimensão impõem ao Estado a realização de medidas imediatas. Diversamente do apontado por parte da doutrina, os direitos civis e políticos não demandam apenas uma abstenção do Estado, eis que para viabilizá-los são necessárias ações positivas e políticas públicas direcionadas, que igualmente demandam custo, tais como aparato de eleição, de justiça, de segurança, etc. Nesse sentido, Carl Schmitt distinguiu uma garantia de disposições constitucionais que a

---

<sup>25</sup>TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005, p. 23.

<sup>26</sup>Diversamente da Declaração Universal de 1948, em que atualmente a maior parte dos países são signatários, grande parte dos países socialistas não assinaram o “Pacto dos direitos civis e políticos”, assim como grande parte dos países capitalistas não assinaram o “Pacto dos direitos econômicos e sociais”.

<sup>27</sup>Desenvolveremos no próximo item a questão acerca da aplicabilidade imediata dos direitos constitucionais positivadas na Constituição Federal Brasileira. Crescente na doutrina o apoio às teorias da “reserva do possível”, que considera o limite do Estado em concretizar os direitos fundamentais a prestações em virtude da escassez dos recursos disponíveis, e do “mínimo existencial”, esposado por Robert Alexy, que busca garantir o direito social fundamental mínimo à dignidade da pessoa humana, com a possibilidade das finanças públicas. Além disto, ressalta-se a crescente jurisprudência brasileira nos tribunais superiores dando efetividade irrestrita ao direito à saúde, através, inclusive, de bloqueio de valores.

doutrina chamou de “garantias de organização”, com objetivo de manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais, destruindo o mito de que os direitos de defesa cingem-se à abstenção estatal e não haveriam custos para o Estado<sup>28</sup>.

Verificamos que o novo paradigma busca o pleno exercício dos direitos humanos das três dimensões, abrangendo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, pautado pela inclusão, que assegure um desenvolvimento sustentável e igualitário, baseado na ética de justiça social e inspirado na ordem democrática<sup>29</sup>. Ressaltamos, todavia, que os direitos humanos não se esgotam nas gerações acima referidas, tampouco nos direitos consagrados na Declaração da ONU de 1948, eis que são frutos de uma evolução história, em constante mudança. Desta feita, novos direitos vão surgindo com as transformações sociais e com a consciência dos cidadãos de sua própria dignidade.

## 2.2 Direitos Fundamentais e Ordenamento Jurídico

A Constituição Federal de 1988 surgiu como marco para os direitos humanos no Brasil, rompendo com o regime militar que perdurou no Brasil de 1964 a 1985, instituindo o Estado Democrático de Direito e consolidando os direitos fundamentais<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> DIMOULIS, DIMITRI. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76/77

<sup>29</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 109/113.

<sup>30</sup> Conforme leciona Flávia Piovensan, a definição de direitos humanos aponta para uma pluralidade de significados, destacando-se a concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Canotilho distingue os direitos do homem como válidos a todos os povos e tempos, em uma dimensão jusnaturalista-universalista, dos direitos fundamentais garantidos juridico-institucionalmente em um espaço de tempo, por uma ordem jurídica concreta. Ainda, Heraldo Garcia Vitta afirma que cientificamente podemos distinguir direitos fundamentais (reconhecidos no Direito Constitucional de dado país) de direitos humanos (caráter supranacional, universal, e que valem em todo tempo e lugar, independente de ser “positivado” na Constituição de dado país; ou, ainda, numa outra acepção, direitos “referidos” nos tratados internacionais) e dos direitos naturais (inalienáveis da pessoa humana,

Nesta perspectiva, o preâmbulo da Carta Constitucional anuncia a instituição do Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”<sup>31</sup>.

Dando preeminência à importância do tema, a Constituição Federal, em seu Título I, inicia tratando “Dos Princípios Fundamentais”, elevando a cidadania e a dignidade da pessoa humana a fun-

---

como a liberdade). Dalmo de Abreu Dallari refere que alguns teóricos pretendem que a expressão ‘direitos fundamentais’ tenha um sentido técnico-jurídico mais preciso que ‘direitos humanos’, sobretudo porque foi a fórmula ‘direitos fundamentais’ que passou a utilizar para significar um avanço em relação aos tradicionais ‘direitos individuais’, expressão que se tornou ambígua pelo distanciamento entre o que ela simbolizou num dado momento histórico – mais precisamente na França da segunda metade do século XVIII – e o uso que dela se fez desde o início do século XIX, quando foi reduzida a mero pretexto para a proteção dos privilégios de uma classe superior. Para Dimitri Dimoulis, os termos “direitos humanos” ou “da pessoa humana” sugerem que os direitos fundamentais valem para todos. Também Jörg Neuner refere que os direitos fundamentais baseiam-se em uma decisão do *pouvoir constituant* e estabelecem, na qualidade de atos de autovinculação democrático-fundamental, restrições à simples maioria parlamentar; já os direitos humanos são direitos supra-estatais que valem universalmente e vinculam a maioria constituinte. Ingo Sarlet investe na diferenciação entre direitos humanos, no sentido de direitos fundados necessariamente na dignidade da pessoa humana, e direitos fundamentais, estes considerados como direitos que, independentemente de terem, ou não, relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional positivo. Por fim, Helena Beatriz Coelho refere que os direitos fundamentais são àqueles que dizem respeito ao ser humano e que estão reconhecidos e positivados no direito constitucional de determinado, enquanto direitos humanos são postos nos documentos de Direito Internacional. Embora se verifique diversas formas de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, não pretendemos abordá-la no presente trabalho, eis que a definição de direitos humanos ensejaria um trabalho próprio, com discussão intensa no campo da ética e da moralidade. O que pretendemos abordar é o papel do Estado que, embora muitas vezes assuma o papel de violador, permanece sendo uma das principais formas de proteção dos direitos humanos, através da normatização constitucional de direitos fundamentais e da recepção de tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, da inserção de normas jurídicas de direitos humanos fundamentais que vinculam a aplicação do direito e a atuação do Estado.

<sup>31</sup> Constituição Federal de 1988, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm)>, acesso em 14 de agosto de 2012.

damento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso II e III)<sup>32</sup>. Nas disposições subseqüentes (art. 3º, I a IV), a Constituição trata dos objetivos fundamentais do Estado de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Em seu artigo 4º prevê a prevalência dos direitos humanos como princípio a ser regido nas relações internacionais. Após, inicia-se o Título II, destinado a tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Nota-se que a normativa constitucional preocupou-se de forma diferenciada com os direitos e garantias fundamentais<sup>33</sup>, como princípios ético-jurídicos representados por um conjunto de valores a serem seguidos, não apenas na aplicação e na interpretação do direito, como também na concretização destes direitos pelos poderes públicos e demais destinatários da norma. Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 trouxeram à ordem jurídica uma dimensão moral, exigindo um tratamento mais digno à pessoa humana, seja por parte do Estado, seja por parte da sociedade em geral<sup>34</sup>.

Pretende-se a criação de uma nova ordem, inspirada nos valores da democracia e do desenvolvimento sustentável, com a prevalência da dignidade humana e de um paradigma igualitário,

---

<sup>32</sup> MORAES, Celina Bondin de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117/118.

<sup>33</sup> A Constituição Federal tratou dos direitos fundamentais nos primeiros títulos e, através do art. 60, § 4º, IV, transformou os direitos e garantias individuais em cláusulas pétreas, ou seja, núcleo intangível do ordenamento jurídico constitucional, bem como concedeu aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º. Importante ressaltar que parte da doutrina defende que os direitos fundamentais não se limitam ao rol do art. 5º da CF, ampliando a todos os direitos humanos fundamentais relacionados em toda a extensão da Constituição Federal.

<sup>34</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, anuário 2004/2005, volume I, tomo II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006, p. 29.

pautado pela inclusão social<sup>35</sup>. O artigo 170 da CF/88 previu uma ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim, a dignidade da pessoa humana é princípio normativo e valor fundamental da Constituição Federal de 1988, exigindo a proteção e o reconhecimento dos direitos de todas as dimensões<sup>36</sup>.

A Constituição Federal pretendeu ainda dar efetividade a estes direitos, prevendo remédios constitucionais<sup>37</sup>, bem como, expressamente, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º, CF). Em vista disto, é inadmissível a tese de que os direitos fundamentais seriam apenas normas programáticas, razão pela qual a omissão estatal viola a ordem constitucional brasileira. Reconhece-se, atualmente, que as normas constitucionais detém, além de efetividade de norma jurídica, caráter vinculativo e obrigatório, não sendo apenas documento político<sup>38</sup>.

A atual Carta Federal, seguindo a tendência de multiplicação dos direitos humanos consagrados na Declaração Universal de 1948, aumentou a cartela de direitos protegidos, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais. Diversamente das Constituições anteriores<sup>39</sup>, que não previam explicitamente direitos sociais,

---

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 109.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

<sup>37</sup> Os remédios constitucionais ou tutela constitucional das liberdades são direitos-garantias de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, para utilização dos cidadãos em casos de omissão, ilegalidades ou abuso de poder. Em geral, são ações judiciais (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção e ação popular), mas também podem ter natureza administrativa (direito de petição e direito de certidão).

<sup>38</sup> COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade: Vinculação às Normas Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 19.

<sup>39</sup> Nota-se que a primeira Constituição Brasileira, a Constituição Imperial de 1824, centrava-se nos valores da independência nacional, soberania e não-intervenção e previu rol de direitos humanos e garantias individuais (igualdade, legalidade,

cingindo-se a abranger direitos políticos e individuais, a Carta de 1988 afirmou um rol de direitos sociais também em seu artigo 6º, apresentando diretrizes a serem seguidas para sua concretização.

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 ainda deu ênfase aos direitos humanos ao consagrar a incorporação de tratados internacionais que o Brasil seja signatário<sup>40</sup>, através de uma hierarquia especial e diferenciada<sup>41</sup>.

---

livre manifestação do pensamento, etc.). A Constituição da República de 1891 consagrou e ampliou os direitos civis e políticos previstos na Constituição anterior, trazendo os valores da paz e solução pacífica dos conflitos, bem como o sufrágio direito para eleições, excluído os mendigos, analfabetos e religiosos. A Constituição de 1934 trouxe os direitos econômicos e sociais, como direitos trabalhistas, contudo, vigorou por pouco, até a introdução do Estado Novo e o autoritarismo no Brasil em 1937, ocorrendo a regressão na evolução dos direitos humanos, quando ficaram suspensas quase todas as liberdades do cidadão brasileiro. A Constituição de 1946, que restaurou os direitos e garantias individuais, sofreu várias emendas e teve a vigência de diversos artigos suspensos pelos Atos Institucionais da ditadura militar que perpetuou entre 1964 a 1985. Da mesma forma que as Constituições de 1824 e 1891, a Constituição de 1967 não fez menção aos direitos sociais propriamente ditos, cingindo-se a abordar questões acerca da nacionalidade, direitos políticos, partidos políticos, direitos e garantias individuais e medidas de emergência, entretanto, mantendo as arbitrariedades decretadas pelos Atos Institucionais do regime militar. A Constituição de 1969 somente passou a vigorar com a queda do Ato Institucional nº 5 – marcado pela enorme violação aos direitos humanos fundamentais - em 1978. Somente com a Constituição Federal de 1988 é que o Brasil institucionalizou os direitos humanos e a democracia, reconhecendo que o Estado existe em função da pessoa humana.

<sup>40</sup> Art. 5º, § 2º, CF/88: “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”.

<sup>41</sup> A incorporação dos tratados internacionais acerca dos direitos humanos no Brasil apresenta uma divisão de pensamento doutrinário. Parte da doutrina afirma que os tratados internacionais são incorporados de forma automática e com *status* de norma constitucional, com base na redação do art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF/88 (PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 341; COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação História dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 59/60). Outra grande parte dos autores afirma que os tratados ratificados possuem a posição de Lei Ordinária, contudo, em virtude do art. 4º, II, da CF/88, quando referente à matéria de direitos humanos, detém prevalência frente a outros direitos. O Supremo Tribunal Federal, até a edição da EC 45/2004, adotava o entendimento de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil eram incorporados como Lei Ordinária. Após a EC 45/2004, passou a adotar o caráter *supralegal* dos tratados

Com a Emenda Constitucional nº 45 de 31 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º do art. 5º da Carta Federal<sup>42</sup>, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos seriam normas infraconstitucionais, entretanto, teriam caráter especial de *supralegalidade* em relação aos demais normativos internacionais<sup>43</sup>. Ou seja, ainda que incorporados no sistema jurídico através do processo legislativo ordinário, teriam caráter *supralegal*, ocupando uma posição intermediária entre normas constitucionais e infraconstitucionais. Todavia, os tratados e convenções de direitos humanos terão *status* constitucional quando observado o processo legislativo próprio, equivalente aos das emendas constitucionais, nos termos do novo § 3º.

Nesta linha, cabe aos aplicadores do direito, não apenas levar em consideração os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, mas também a aplicação e a interpretação dos direitos humanos com base nos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, considerando que estes podem ser incorporados como normas constitucionais, através do processo legislativo de emenda constitucional, ou como normas *supralegais*, através do processo legislativo ordinário. Ademais, em 2009, tendo o Brasil ratificado a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, o “Estado não pode alegar descumprimento a tratado internacional do qual seja parte por contrariedade ao direito interno”<sup>44</sup>.

---

internacionais sobre direitos humanos.

<sup>42</sup> Art. 5º, § 3º, CF/88: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>43</sup> O Recurso Extraordinário 466.343, de dezembro de 2008, reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte e que não tenha sido aprovado pelo quórum qualificado, ao modo de emendas constitucionais – caso que teria *status constitucional*, nos termos do art. 5º, § 3º, CF/88 (MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 120/121).

<sup>44</sup> MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl.

A partir da Constituição Federal de 1988, foram ratificados diversos tratados de direitos humanos<sup>45</sup>. À vista disso, deve ser dada eficácia máxima às normas de direitos fundamentais, consagradas no ordenamento jurídico interno e internacional, procurando conceder a maior aplicabilidade e efetividade possível, servindo como diretrizes a todos os poderes constituídos<sup>46</sup>.

### 3 O INTERESSE PÚBLICO E O DIREITO DO CIDADÃO

Existe um entendimento bastante difundido no direito administrativo brasileiro de supremacia do interesse público sobre o privado, dada a prevalência do interesse coletivo sobre o individual<sup>47</sup>. Entre-

---

Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 120/121.

<sup>45</sup> Conforme aponta Marcos de Azevedo: “foram ratificados pelo Brasil a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996 e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996”, bem como “reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998” e “assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente”, sendo “signatário de praticamente todos os documentos internacionais sobre direitos humanos fundamentais”. (AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio de tutelas jurisdicionais**. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006, p. 42/43).

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>47</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 43; OSÓRIO, Fábio Medina. “Existe uma Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro?” In: *RDA 220: 609-107*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 13/14; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19; BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

tanto, o conceito de supremacia do interesse público é bastante vago e indeterminado, não podendo servir como autorização ao Estado de agir contra interesses particulares em quaisquer hipóteses.

A dicotomia entre interesse público e privado foi concebida por meio de diferentes perspectivas, denominadas organicismo, utilitarismo, individualismo e personalismo<sup>48</sup>, as quais iremos abordar rapidamente para entendermos a noção de “interesse público” adotada pela Constituição Federal de 1988.

A perspectiva organicista coloca o interesse público em posição de superioridade, entendendo este como o somatório dos interesses particulares dos seus membros e considerando que as comunidades políticas possuem fins, valores e objetivos próprios, que transcendem aqueles dos seus integrantes. Prioriza-se o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo como pessoa humana, independente do papel que desempenhe na sociedade. É evidente a existência de interesses do indivíduo que não são absorvidos pelo interesse da coletividade<sup>49</sup>, razão pela qual esta ideia não corresponde à realidade da sociedade moderna pluralista<sup>50</sup>. Esta concepção serve de fundamento aos regimes autoritários e antidemocráticos, violadores da dignidade da pessoa humana, quando prioriza de forma absoluta o coletivo sobre o individual. Não prevalece esta concepção no Brasil, eis que o Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição Federal de 1988, apresentada a ideia do imperativo categórico kantiano<sup>51</sup>, da dignidade da pessoa humana como fim e

---

<sup>48</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, anuário 2004/2005, volume I, tomo II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006.

<sup>49</sup> MARTINS, Luciana Mabília. Interesse Público e Interesse privado: É Possível Colisão? **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: PGE, v.24, n.53, mar. 2001, p. 49.

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, anuário 2004/2005, volume I, tomo II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006.

<sup>51</sup> O “imperativo categórico” de Immanuel Kant, em *Crítica da Razão Prática*, exige que o ser humano não seja visto ou usado como meio para atingir outras finalidades, considerando um fim em si mesmo, ou seja, todas as normas precisam

fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF).

Na concepção do utilitarismo, o interesse público seria uma fusão dos interesses particulares dos indivíduos, pretendendo atender e promover o maior número de interesses e as preferências da maioria, na busca de uma solução mais justa, através da maximização da felicidade e do bem-estar geral. Este entendimento também é incompatível com a Carta de 1988, pois os indivíduos não são considerados como um fim em si, mas como parte do todo, além de desconsiderar os interesses das minorias<sup>52</sup>.

Baseado no Estado Liberal-Burguês, foi estabelecido o individualismo, com a supremacia dos interesses individuais sobre os da coletividade, sendo o direito público limitado aos direitos de defesa contra o próprio Estado. O individualismo defende o Estado-Mínimo, reduzindo os direitos fundamentais a direitos civis e políticos ou de liberdade, baseados na igualdade formal, sem preocupação com a igualdade material ou substancial, tampouco com a solidariedade e justiça distributiva. Da mesma forma, este conceito não se compatibiliza com a Constituição Federal, que prevê, entre seus objetivos, construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I) e *erradicar pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, III), bem como consagra um elenco de direitos sociais (arts. 6º ao 11) e condiciona a propriedade ao cumprimento da sua função social (arts. 5º, XXIII e 170, II).

Por fim, o personalismo prevê a utilização do princípio da proporcionalidade para dirimir conflitos entre interesse público e privado. Reconhece que a pessoa humana é o fundamento do Estado, sendo este responsável pela promoção e defesa dos direitos fundamentais, embora admita a necessidade de proteger a autonomia privada. No Estado Democrático de Direito, em uma sociedade pluralista como a nossa, não é possível falar em identidade cultural. O regime constitucional admite que a pessoa humana, cidadã do Estado e não súdita, participe da formação da vontade coletiva, sendo titular de

---

ter como finalidade o homem, orientando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana.

<sup>52</sup> Como vimos no item 1.2, um dos objetivos da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos” (art. 3º, VI, CF) e não da “maioria”.

direitos invioláveis.

A pessoa, como fundamento do Estado, deve ser reconhecida como indivíduo capaz de se autodeterminar. Sem embargo, deve o Estado dar importância aos vínculos sociais. Assim, o personalismo concebe o indivíduo como um ser social, com personalidade composta também por uma relevante dimensão coletiva.

Conforme verificamos, diante da relevância constitucional dada aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, corroboramos com o entendimento de que a supremacia do interesse público não pode justificar ações estatais que violem a dignidade da pessoa humana ou os direitos fundamentais, eis que a pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil. A noção de interesse público está ligada à concepção do Estado Democrático de Direito e à adstrição dos preceitos pré-traçados pela Constituição<sup>53</sup>.

A noção tradicional da dicotomia entre interesse público e privado não resiste aos imperativos de proteção dos direitos humanos e não pode ser vista com a ideia vaga e simplista de prevalência do interesse público. Verificamos que há, na maior parte das hipóteses, uma correlação entre interesse público e os direitos fundamentais, não fazendo jus a premissa de que o interesse público seja antagônico aos interesses particulares<sup>54</sup>.

A Constituição Federal de 1988 não adotou, como visto acima, a perspectiva organicista, tampouco utilitarista ou individualista. Os direitos fundamentais se concretizam nos valores supremos e devem pautar a atuação dos poderes públicos, não apenas no sentido de abstenção de ofensa estatal, mas de promoção e tutela por parte do Estado. O Estado tem como tarefa fundamental a proteção e a promoção dos direitos fundamentais. Por isso, a garantia destes direitos

---

<sup>53</sup> MARTINS, Luciana Mabilia. Interesse Público e Interesse privado: É Possível Colisão? **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: PGE, v.24, n.53, mar. 2001, p. 45.

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, anuário 2004/2005, volume I, tomo II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006, p. 50.

deve ser considerada como autêntico interesse público<sup>55</sup>.

A restrição aos direitos fundamentais em termos vagos permite uma discricionariedade exagerada e inconstitucional<sup>56</sup>. A limitação deve ter previsão legal, de modo a gerar previsibilidade e segurança jurídica<sup>57</sup>. Nesta linha, a restrição de direitos fundamentais com base na supremacia do interesse público confere aos aplicadores do direito poder ilimitado, incompatível com os princípios democráticos e da reserva de lei.

A limitação dos direitos fundamentais, conforme leciona Daniel Sarmento<sup>58</sup>, somente poderia ocorrer: nas hipóteses diretamente positivadas pela Constituição; autorizadas pela Constituição por lei restritiva<sup>59</sup>; ou, por fim, não expressamente referidas no texto constitucional, em casos em colisão entre direitos e princípios constitucionais com outros bens constitucionais, fundamentais ou de interesse do Estado ou da coletividade. Há casos em que a própria Constituição Federal faz a opção de prevalência do público sobre o privado<sup>60</sup> ou do privado sobre o público, com as ressalvas correspondentes<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, anuário 2004/2005, volume I, tomo II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006, p. 52.

<sup>56</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 220/221.

<sup>57</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1145. QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 207.

<sup>58</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, anuário 2004/2005, volume I, tomo II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/Livraria do Advogado, 2006, p. 56/63.

<sup>59</sup> Neste caso, Daniel Sarmento prevê os seguintes limites a esta lei restritiva: a) previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; b) respeito ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); c) não-atendimento do núcleo essencial do direito em questão.

<sup>60</sup> Vide: art. 5º, XXV, CF: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

<sup>61</sup> Vide: art. 5º, XII, CF: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso,

Nos casos de conflitos, a perspectiva personalista propõe o emprego do princípio da proporcionalidade, desdobrado em três subprincípios: a) adequação – medidas adotadas pelo Poder Público aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) necessidade ou exigibilidade – inexistência de meios menos gravosos para atingir os fins visados; c) proporcionalidade em sentido estrito – ponderação entre o ônus e o benefício trazido justifica a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

O princípio da supremacia do interesse público elimina qualquer ponderação entre os direitos envolvidos, impondo sacrifício do interesse particular contraposto, sem se preocupar com a violação dos direitos fundamentais ou com a harmonização dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente. Desta feita, como nem todo interesse público possui fundamento constitucional, não há como fundamentar sua supremacia sobre os direitos dos cidadãos, sobretudo sobre os fundamentais.

O Estado de Direito prevê a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, portanto, a restrição de direitos fundamentais justificadas com base no interesse público é contraditória e não pode ser fundamentada de modo simplista, mediante a referência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Ao revés, diante de um conflito, deve falar em precedência dos direitos fundamentais, eis que a Constituição, a despeito do seu caráter compromissário, baseia-se na concepção de que a pessoa humana é fundamento e fim da sociedade e do Estado<sup>62</sup>. Como bem coloca o professor Antônio Augusto Cançado Trindade, a existência de uma “nova visão das relações entre o poder público e o ser humano, que se resume, em última análise, no reconhecimento de que o Estado existe para o ser humano, e não vice-versa”<sup>63</sup>. Nesse sentido, convém

---

por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87.

<sup>63</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume II)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 187.

destacar o trecho do artigo de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

(...) a cidadania, exigência do princípio republicano, que a reclama como uma espécie de fundamento primeiro da vida política e, por consequência, do Estado, antecede o Estado, não sendo por ele instituída. É ela que constitui a distinção entre o público e o privado, sob pena de perversão da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, CF). As competências estabelecidas e atribuídas ao Estado devem, pois, estar submetidas ao reconhecimento do indivíduo como cidadão, cuja dignidade se corporifica em direitos fundamentais<sup>64</sup>.

Apontando a Constituição Federal que o fundamento do Estado é a pessoa humana, os direitos fundamentais devem, em regra, prevalecer a outros direitos previstos no ordenamento jurídico. Isto não significa que exista supremacia do interesse público, tampouco do interesse privado, mas de uma harmonização não excludente de interesses que se complementam e que devem ser ponderados em casos de conflito<sup>65</sup>. Nesta linha, não há que se falar em supremacia do interesse público sobre o privado como limitador dos direitos fundamentais, tendo em vista que a aplicação do referido princípio elimina qualquer forma de ponderação dos interesses envolvidos. A supremacia do interesse público somente se justifica quando converge para a garantia aos direitos dos cidadãos, resguardados de quaisquer arbitrariedades e injuridicidades<sup>66</sup>.

#### 4 O ESTADO GARANTIDOR E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Abordamos nos itens anteriores a questão dos direitos humanos em um contexto histórico e jurídico. Neste tópico, pretendemos

<sup>64</sup> MARTINS, Luciana Mabilía. Interesse Público e Interesse privado: É Possível Colisão? **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: PGE, v.24, n.53, mar. 2001, p. 59.

<sup>65</sup> AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio de tutelas jurisdicionais**. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006, p. 77/81.

<sup>66</sup> MASSA, Patricia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle da legalidade. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: PGESP, 47/48, jan./dez.1997, p. 115/123.

demonstrar que os direitos humanos são indispensáveis para a construção e implementação de políticas públicas. Verificamos que o Estado assumiu o compromisso de promover os direitos fundamentais, não apenas na abstenção de interferência arbitrária nas liberdades individuais e limitação do exercício do poder estatal, mas também, reconhecida a força normativa da Constituição, na efetivação dos direitos assegurados a todos os cidadãos<sup>67</sup>.

O modelo de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988, conforme podemos ver dos dispositivos anteriormente citados, é de um Estado Social, intervencionista, que busca a eficiência e resultados através de políticas públicas<sup>68</sup>. Este modelo, além de ampliar o rol de tarefas do Estado, previu aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais, cuja concretização é constitucionalmente vinculada aos órgãos previstos<sup>69</sup>. Assim, passou a ser reconhecida a necessidade de uma maior intervenção do Estado, através de políticas públicas de caráter redistributivo, que objetivem a proteção dos vulneráveis em todos os setores do direito<sup>70</sup>. A Constituição, neste sentido, estabelece vinculação do Estado no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais<sup>71</sup>. Nesta perspectiva, as políticas públicas ingressaram para o campo do direito, não como normas gerais e abstratas, mas como foco no interesse jurídico do Estado Democrático de Direito para a efetivação dos direitos fundamentais<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> TOSI, Giuseppe. **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005, p. 17.

<sup>68</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 333/334.

<sup>69</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 343.

<sup>70</sup> MORAES, Celina Bondin de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

<sup>71</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

<sup>72</sup> COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade: Vinculação às Normas Constitucionais**. Porto Alegre:

As políticas públicas designam a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>73</sup>. “Em outras palavras, constituem-se no conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público para materializar as indicações de bem comum, justiça social e a igualdade dos cidadãos”<sup>74</sup>. Estes conceitos abrangentes envolvem não apenas as atividades executivas realizadas diretamente pelo Estado, mas também a atuação normativa, reguladora e de fomento<sup>75</sup>.

A proteção e a concretização dos direitos fundamentais vinculam todos os órgãos estatais<sup>76</sup>, impondo que políticas públicas sejam adotadas, não apenas através da concretização dos direitos sociais e políticos, protegendo a esfera individual, mas também através de condutas positivas que efetivem a dignidade dos indivíduos. O Estado, as entidades privadas e os particulares estão vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, bem como por sua natureza igualitária e solidária<sup>77</sup>. Assim, o poder estatal e as autoridades que exerçam competências estatais devem ser os principais protetores dos direitos e garantias fundamentais<sup>78</sup>.

---

Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 83/85.

<sup>73</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, 1996, p. 135/136.

<sup>74</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 289.

<sup>75</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

<sup>76</sup> O art. 5º, § 1º, CF, afirma que “todos os direitos e garantias fundamentais são direta e imediatamente vinculantes”, portanto, não são simples declarações políticas, mas preceitos que vinculam diretamente o poder estatal (SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 351/362).

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 126/127.

<sup>78</sup> DIMOULIS, DIMITRI. **Elementos e problemas da dogmática dos direitos**

A Constituição Federal conclama uma atuação promocional dos órgãos instituídos, através da concepção de justiça distributiva e igualdade substancial<sup>79</sup>. O princípio da solidariedade deve ser aplicado na elaboração das leis e na execução de políticas públicas, bem como na interpretação e aplicação do Direito. Nesta linha, as demandas sociais precisam ser compreendidas através desta nova perspectiva, de inclusão e compromisso comunitário, gerindo os interesses públicos através da participação social. Cabe à administração pública a concretização dos direitos fundamentais, através de políticas públicas, que assegurem, inclusive, tratamento diferenciado e especial às categorias socialmente vulneráveis.

A administração pública brasileira, entretanto, tem se mostrando ineficiente para atender as principais demandas da sociedade, sem que as políticas públicas adotadas alcancem de forma satisfatória o pluralismo e a diversidade de interesses. O Estado concebido pela Constituição Federal não é mais da produção das leis, mas sobretudo de programas de ação governamental, que devem ser aferidos como a constitucionalidade das leis isoladas<sup>80</sup>. Os programas de governo precisam estar de acordo com a Constituição Federal. Necessário buscar, portanto, uma unidade de gestão para assegurar os bens tutelados pelo sistema jurídico vigente, rompendo com o modelo de Estado burocrata e decisor<sup>81</sup>.

É fundamental deflagrar uma consciência social e política acerca

---

**fundamentais.** In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>79</sup> MORAES, Celina Bondin de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org).

**Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 140.

<sup>80</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Proteção, Promoção e Violação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: A Responsabilidade do Estado no Direito Interno e Internacional. In **1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos**, realizado de 1º a 4 de dezembro de 1999. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p. 137.

<sup>81</sup> LEAL, Rogério Gesta. Pressupostos Epistemológicos e Filosóficos da Gestão de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana.

**Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 3.** Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 2003, p.846/848.

da efetividade dos direitos humanos, sejam eles direitos civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, recorrendo-se a exigência de novas políticas públicas, que confirmam eficácia máxima e imediata aos preceitos constitucionais, sob pena de, não o fazendo, ser dada “juridicidade” a esses direitos. Contudo, importante mencionar que a “judicialização” das políticas públicas deve ser ao máximo evitada, tendo em vista que normalmente é utilizada para beneficiar demandas individuais, obrigando o poder público a um dever jurídico individual e desconsiderando seu caráter geral, sem trazer elementos suficientes para avaliar a realidade estatal e as necessidades da sociedade como todo. Além disso, não raro a “judicialização” das políticas públicas não abrangem às classes menos favorecidas da sociedade, ficando a parcela da sociedade mais vulnerável excluída destes direitos por falta de informação acerca do acesso ao Judiciário<sup>82</sup>.

Na hipótese de “judicialização”, deve-se dar prevalência às ações coletivas ou de controle abstrato como forma de permitir o debate e a reflexão sobre as prioridades e recursos disponíveis, favorecendo a isonomia na distribuição de bens à sociedade, bem como evitando a sobrecarga de processos individuais perante o Poder Judiciário. Importante estabelecer um diálogo com o Ministério Público e com a Defensoria Pública, recomendando que as políticas públicas sejam exigidas mediante ações coletivas e transindividuais. Os direitos sociais não podem ser apropriados por um indivíduo ou uma parcela de indivíduos em prejuízo de toda sociedade, razão pela qual é necessário conceder o direito a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (princípio da igualdade e impessoalidade), permitindo a intervenção do instituto do *amicus curiae* (terceiro interessado).

O Poder Executivo é o principal articulador das políticas públicas, portanto, cabe a este as principais ações de interesses comunitários – notadamente serviços e subsídios ao mercado<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

<sup>83</sup> LEAL, Rogério Gesta. Pressupostos Epistemológicos e Filosóficos da Gestão de

Conquanto, importante para a legitimação da administração pública que as escolhas das ações a serem adotadas sejam realizadas com a comunidade envolvida<sup>84</sup>.

A elaboração e aplicação de políticas públicas, em virtude dos interesses envolvidos, é geralmente problemática e controversa, considerando que a Constituição Federal, em geral, não aponta a forma específica de implementação das políticas públicas<sup>85</sup>. Para atender as necessidades da sociedade, deve haver a interferência do poder público com a participação social na gestão da coisa pública. A administração pública, para ser democrática, precisa contar com a adesão social legítima, através de ações comunicativas permanentes, com todos os agentes envolvidos e alcançados pelo exercício do poder político<sup>86</sup>.

Além disto, é essencial o planejamento da ação estatal e o estabelecimento de metas, mediante a racionalização dos recursos e a eficiência, nos termos do art. 37 da Constituição Federal<sup>87</sup>, considerando que as políticas públicas são formas de concretização dos fins constitucionais. É evidente que os recursos são limitados e que

---

Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 3**. Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 2003, p. 819/829

<sup>84</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 298.

<sup>85</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

<sup>86</sup> LEAL, Rogério Gesta. Pressupostos Epistemológicos e Filosóficos da Gestão de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 3**. Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 2003, p.858.

<sup>87</sup> O art. 37, da CF, estabelece: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”. Deste dispositivo, podemos extrair que cabe à administração otimizar os meios disponíveis para obter os melhores resultados possíveis ao interesse público.

as políticas públicas demandam a alocação destes para a sua satisfação<sup>88</sup>. Em virtude da escassez dos recursos públicos, é necessária a ponderação dos direitos envolvidos e a escolha do resultado a ser alcançado, razão pela qual é preciso eleger os fins constitucionais a serem atingidos, bem como os meios adequados e eficientes para concretizá-los. À vista disso, importante a participação democrática da sociedade na eleição das prioridades, bem como nas escolhas orçamentárias e no planejamento, tendo em conta os objetivos específicos que se pretenda alcançar. Ainda, necessária a análise do custo-benefício de cada gasto público e de cada política pública, buscando atingir o maior número de beneficiários.

Convém trazer as ponderações de Ana Paula de Barcellos:

Em condições de pobreza extrema ou miserabilidade, e na ausência de níveis básicos de educação e informação, a autonomia do indivíduo para avaliar, refletir e participar conscientemente do processo democrático estará amplamente prejudicada. Nesse ambiente, o controle social de que falavam os críticos do controle jurídico apresentava graves dificuldades de funcionamento<sup>89</sup>.

Diante do texto acima, importante ressaltar que, para o exercício da cidadania, há um importante papel da educação, como fonte de dignidade e de liberdade, sendo imprescindível para a organização social<sup>90</sup>. A cidadania está incluída nos mecanismos de proteção constitucional, inseridos em um Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível a cidadania ativa e comprometida com a tomada de

---

<sup>88</sup> COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade: Vinculação às Normas Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 98.

<sup>89</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

<sup>90</sup> AMARAL, Cláudia Muniz do. A efetividade das normas de direitos fundamentais. **Anuário da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas**. Maceió: Centro de Estudos da PGE/AL, 2002, p. 110.

decisões acerca das políticas públicas<sup>91</sup>. Destarte, para aumentar a legitimidade na construção das políticas públicas, necessário estabelecer um projeto educativo, com acesso ao espaço público, que permita o controle social por parte de cidadãos conscientes e articulados, garantindo sua participação em audiências e consultas públicas e permitindo um processo de afirmação dos direitos humanos<sup>92</sup>.

A mudança deste paradigma administrativo estatal depende da iniciativa do próprio Estado, promovendo a educação e a participação popular, abandonando modelos de Estado centralizador e hierarquizado, que justifique suas práticas na supremacia de interesse público. A administração pública não pode escolher as políticas públicas de forma interna e isolada, devendo primar pela aproximação social com os interessados e atingidos por tais ações, bem como pela promoção de um canal permanente com a sociedade<sup>93</sup>. Nesta linha, deve haver um mínimo de organização para explicitar e justificar suas escolhas nas ações políticas alcançados pela administração, através dos princípios da transparência, da publicidade, da motivação e da participação popular. Por fim, em um Estado Democrático de Direito, as prioridades devem ser fixadas em observância à Constituição Fe-

---

<sup>91</sup> HERMANY, Ricardo; TABARELLI, Liane; BORBA, Everton Helfer de. Cooperativismo Solidário: Uma Nova Concepção de Cidadania como Instrumento para Políticas Públicas de Inclusão Social. In: LEAL, Rogério Gesta e REIS, Jorge Renato dos. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 4**. Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 2004, p. 1143.

<sup>92</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 289.

<sup>93</sup> “(...) existe a Administração Pública para garantir direitos fundamentais, que visam à emancipação do cidadão, e o que se busca, é uma comunicação política que seja capaz de viabilizar, não só o entendimento voltado à emancipação e autonomia do cidadão democrático, mas, fundamentalmente, a articulação de uma participação funcional do cidadão na cidade onde reside e uma coresponsabilidade no seu desenvolvimento”. (LEAL, Rogério Gesta; FONTANA, Eliane. Considerações acerca de uma maior eficiência na realização dos serviços públicos na administração pública brasileira pós-reforma: relação qualitativa entre Estado e Sociedade no que tange a teoria habermasiana acerca da participação social na prestação do serviço público no Brasil. In: SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo (org.). **Espaço Local, Cidadania e Políticas Públicas, volume II**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010).

deral<sup>94</sup>, como parâmetro a orientar as escolhas das políticas públicas, sendo a dignidade da pessoa humana seu ponto central<sup>95</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificamos, primeiramente, que os direitos humanos são frutos de uma evolução histórica, em constante mudança, e que o novo paradigma traçado na Constituição Federal traz a dignidade da pessoa humana como princípio normativo e valor fundamental, exigindo o reconhecimento, a proteção e o pleno exercício dos direitos humanos das três dimensões, abrangendo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A Constituição Federal de 1988 deu ênfase aos direitos humanos, através da consagração do Estado Democrático de Direito e da prevalência dos direitos fundamentais, além da hierarquia especial e diferenciada aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, pretendendo, assim, assegurar a todos os cidadãos uma existência digna, pautado pela inclusão, ética, justiça social e ordem democrática.

Nesta linha, o Estado e os órgãos públicos não podem ignorar que as normas relativas aos direitos humanos são de aplicação direta e imediata, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, cabendo ao Estado promover a efetivação destes direitos.

O autêntico interesse público deve ser considerado de acordo com a concepção do Estado Democrático de Direito e da adstrição aos valores pré-traçados pela Constituição Federal, razão pela qual os princípios ético-jurídicos devem ser seguidos não apenas na aplicação e na interpretação do direito, mas também na concretização destes direitos pelos poderes públicos e demais destinatários da norma.

---

<sup>94</sup> “(...) dado o caráter dirigente da Constituição Federal, os espaços de discricionariedade atribuídos ao legislador e ao administrador são reduzidos e submetidos aos parâmetros constitucionais, sendo as atuações ou omissões dos Poderes Públicos sujeitas a controle” (COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade: Vinculação às Normas Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 105/142).

<sup>95</sup> CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Custos dos direitos e reforma do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 119.

As políticas públicas são foco de interesse jurídico e através delas é conferida a eficácia aos preceitos constitucionais, possibilitando a concretização dos direitos humanos fundamentais. Importante, neste sentido, a participação democrática da sociedade na eleição das prioridades. Contudo, a participação popular depende do exercício da cidadania e da iniciativa do Estado, promovendo a educação e abandonando o modelo de Estado centralizador e hierarquizado, que justifique suas práticas na supremacia de interesse público.

A administração pública não pode escolher as políticas públicas de forma interna e isolada, devendo primar pela aproximação social com os interessados, bem como pela promoção de um canal permanente com a sociedade. As prioridades devem ser fixadas em observância à Constituição Federal, como parâmetro a orientar as escolhas das políticas públicas, sendo a dignidade da pessoa humana seu ponto central.

Somente com uma nova consciência institucional, baseada na dignidade da pessoa humana, é que será possível identificar e combater os mecanismos geradores de violação dos direitos humanos realizados pelo próprio Estado. Para tanto, é preciso implementar programas de formação em direitos humanos para toda a sociedade e agentes públicos, com o fim de gerar compromisso e consciência social para luta e defesa dos direitos humanos. É necessário educação para exercício da cidadania, estimulando a participação social na busca de seus direitos e na construção de políticas públicas. A conscientização sobre tais direitos também permite o exercício de sua defesa e o controle das políticas públicas.

Importante salientar que cabe ao Estado e os órgãos instituídos a responsabilidade de transformar a ordem econômico-social, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal o dever de concretização da justiça e dos valores constitucionais.

A Constituição Federal deve ser vista não como uma decisão política, mas sim como um compromisso do Estado. Em vista disso, a atuação do Estado deve ser pautada pela concretização das normas constitucionais em seu âmbito de atuação, ou seja, sua atividade deve estar de acordo com o novo paradigma constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

AMARAL, Cláudia Muniz do. A efetividade das normas de direitos fundamentais. **Anuário da Procuradoria Geral do Estado de Alagoas**. Maceió: Centro de Estudos da PGE/AL, 2002.

AZEVEDO, Marcos de. **Direitos Humanos Fundamentais: sua efetivação por intermédio de tutelas jurisdicionais**. São José do Rio Preto: Editora Meio Jurídico, 2006.

BOBBIO, Norberto **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Custos dos direitos e reforma do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação História dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiro, 2003.

\_\_\_\_\_. Proteção, Promoção e Violação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: A Responsabilidade do Estado no Direito Interno e Internacional. **1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos**, realizado de 1º a 4 de dezembro de 1999. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas Públicas e Controle de Juridicidade: Vinculação às Normas Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais. **Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (orgs.). São Paulo: Malheiros, 2006.

DIMOULIS, DIMITRI. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 3**. Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 2003.

LEAL, Rogério Gesta e REIS, Jorge Renato dos. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 4**. Santa Cruz do Sul: UDUNISC, 2004.

MARTINS, Luciana Mabília. Interesse Público e Interesse privado: É Possível Colisão? **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: PGE/RS, v.24, n.53, p. 41-62, mar. 2001.

MASSA, Patricia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle da legalidade. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: PGE/SP, 47/48, p. 115/123, jan./dez.1997.

MORAES, Celina Bondin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos, Globalização e Constituição. Vínculos Feitos, Desfeitos e Refeitos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: RPGE, v. 25, nº 56, p. 117/140, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e constituição: o “novo” da E.C. 45/04. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: PGE, v.29, n.62, p. 53-88, jul./dez. 2005.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e o Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Boletim de Direitos Humanos**. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, ano I, nº 1, janeiro de 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. (coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Anuário 2004/2005, vol. I, tomo II. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Justiça e dignidade (da pessoa) humana – Observações à luz da jurisprudência do STF. In: RODRIGUES, Adriana Severo, BRUNETTO, Giancarla e BROTTTO, Márcio Eduardo. (org.). **Os hereges: temas em direitos humanos, ética e diversidade**. Porto Alegre: Armazém Digital, 2010.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesse público. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Jurisdição e Direitos Fundamentais**, anuário 2004/2005, volume I, tomo II. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura/ Livraria do Advogado, 2006.

SCORTEGAGNA, Fernando; COSTA, Marli da; HERMANY, Ricardo (org.). **Espaço Local, Cidadania e Políticas Públicas, volume II**. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOSI, Giuseppe (org). **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume II)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Visão Crítica. **Boletim de Direito Administrativo**, ano 26, n. 6, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ndj.com.br>>, acesso em 06 de agosto de 2012.



# O SISTEMA DE COTAS RACIAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Elisa Berton Eidt<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo objetiva expor argumentos que fundamentam a adoção do sistema de cotas raciais em concursos públicos, tanto de ordem sociológica como jurídica. Também analisa as críticas à implantação desse sistema e a recente inclusão das cotas raciais nos concursos realizados no Estado do Rio Grande do Sul.

## 1 INTRODUÇÃO

O acesso aos cargos públicos da Administração Pública Direta e Indireta dá-se por meio de concurso público, consoante prevê o artigo 37 da Constituição Federal. Trata-se o concurso público de um processo seletivo disponível a todos os brasileiros, e também a estrangeiros, que preencham os requisitos estabelecidos em lei e obtenham a aprovação no certame, de acordo com as regras estabelecidas na lei<sup>2</sup>.

A realização do concurso público visa, justamente, permitir que um maior número de pessoas se candidate às vagas disponibilizadas pela Administração e, com base no melhor desempenho, selecionem-se aqueles mais qualificados para a realização de determinada função pública<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>2</sup> Artigo 37, incisos I e II da Constituição Federal [...] I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

<sup>3</sup> Conforme definição de José dos Santos Carvalho Filho, *o concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar*

No entanto, a acessibilidade aos cargos públicos por meio de concurso público, embora denote uma ideia de igual oportunidade a todos aqueles que preenchem as exigências legais para determinada função pública, não corrige a desigualdade racial ainda hoje presente na sociedade brasileira. Com efeito, à grande maioria dos negros do país permanecem distantes as oportunidades de aperfeiçoamento de sua condição social, em virtude do histórico de discriminação a que se submeteram ao longo dos últimos séculos.

O Estado brasileiro tem desempenhado políticas públicas a fim de corrigir as distorções iniciadas no passado e presentes até os dias de hoje, em que ganham destaque as denominadas ações afirmativas. Enquadra-se como ação afirmativa o estabelecimento de cotas para negros nas universidades públicas e, mais especificamente o tema do presente trabalho, para o provimento de cargos da Administração Pública.

Demonstrar-se-á que a implantação de cotas raciais para os concursos públicos, assim como já é feito em relação às vagas das universidades públicas, encontra respaldo na Constituição, Legislação Ordinária e Convenções Internacionais. Ainda, que à Administração Pública incumbe o dever de promover os direitos humanos constitucionalmente assegurados, de modo a permitir melhores condições de vida a todos os cidadãos brasileiros.

Também serão expostos argumentos contrários à implementação das cotas, tudo porque se trata de tema complexo e que suscita discussões sobre qual o melhor caminho a ser adotado a fim de eliminar as diferenças raciais que existem no Brasil, estas sim, incontroversas.

Por fim, falar-se-á sobre a implantação do sistema de cotas raciais no Estado do Rio Grande do Sul, inclusive em concurso realizado no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no corrente ano, fundamentada no Parecer n. 15.703/2012, de lavra do Dr. Carlos Cesar D'Elia, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul e Coordenador da Comissão de Direitos Humanos

---

*os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas.* CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26 ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2012. São Paulo: Atlas, 2013, p. 629.

da PGE/RS.

## 2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À IMPLANTAÇÃO DAS COTAS RACIAIS

O estudo da história do Brasil não permite conclusão diversa: os negros foram relegados a objeto durante todo o processo de desenvolvimento do país e, quando do fim da escravidão, não lhes foi concedido qualquer apoio por parte do Estado, a fim de compensar tamanha discriminação social. Disso resultou que, até os dias atuais, os negros ainda ocupam a posição de classe menos favorecida economicamente, com maior índice de analfabetismo e marginalizados do mercado de trabalho<sup>4</sup>.

Não obstante a previsão constitucional de que todos são iguais perante a lei, é certo que os negros não vivem em condições de igualdade em relação aos brancos, fruto das condições desumanas a que foram submetidos durante o período da escravidão. A partir desta constatação, e considerando os objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal<sup>5</sup>, não pode o Estado assistir passivamente à privação em que se encontram os negros de melhores condições de vida e de oportunidades, sob pena de se perpetuar uma discriminação enraizada na sociedade brasileira e cujos efeitos permanecem até os dias atuais.

---

<sup>4</sup> Conforme constam nos dados coletados no Parecer 15.703/2012 da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, o total da população brasileira em 2006, de acordo com a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio), é de aproximadamente 187 milhões, sendo 49,7% brancas e 49,5% negras (pretos e pardos). Ainda, do grupo dos 10% mais pobres, os negros correspondem a 73,2%, enquanto são apenas 12,4% do 1% mais rico da população. No campo educacional, de acordo com o IPEA, 12,9% dos brancos completaram o ensino médio, enquanto apenas 3,3% dos negros completaram o ensino médio. E, no mercado de trabalho, pesquisa do IBGE realizada no ano de 2006 aponta que o rendimento médio real de pretos e pardos é de R\$ 660,45, enquanto de brancos é de R\$ 1.292,19.

<sup>5</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De fato, o Brasil possui hoje uma estrutura normativa que permite a correção dessas distorções em relação aos negros, cabendo à Administração Pública<sup>6</sup> a sua efetiva implementação. Com efeito, dentre os deveres da Administração Pública está a obediência a todo o ordenamento jurídico vigente, devendo agir de acordo com a Constituição, as leis e as normas administrativas<sup>7</sup>. E, ainda, nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>8</sup>, “os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”.

Em relação a esta estrutura normativa, inicialmente, cita-se o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH<sup>9</sup>, que foi criado durante o governo de Fernando Henrique Cardoso em 1996 e atualmente encontra-se em sua 3ª versão – PNDH 3. No item das Propostas de Ações Governamentais da População Negra, apresentado na 1ª versão, consta a previsão de apoio a ações da iniciativa privada que realizem discriminação positiva, bem como o desenvolvimento de ações afirmativas para o acesso dos negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta.

Em seguida, merece destaque a participação do Brasil na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, na África do Sul. No evento, foi elaborado um documento com uma série de medidas a serem adotadas pelos países signatários em relação às vítimas de discriminação<sup>10</sup>. No entanto, o destaque normativo para a previsão

<sup>6</sup>No sentido subjetivo definido por José dos Santos Carvalho Filho (op. cit. p. 11), a Administração Pública refere-se a todos os órgãos, agentes e pessoas jurídicas que exerçam alguma função do Estado.

<sup>7</sup>CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 75.

<sup>8</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10ª ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 366.

<sup>9</sup>Nos termos da apresentação do lançamento do PNDH, “O objetivo do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), elaborado pelo Ministério da Justiça em conjunto com diversas organizações da sociedade civil, é, identificando os principais obstáculos à promoção e proteção dos direitos humanos no Brasil, elege prioridades e apresentar propostas concretas de caráter administrativo, legislativo e político-cultural que busquem equacionar os mais graves problemas que hoje impossibilitam ou dificultam a sua plena realização”. (Disponível em [www.portal.mj.gov.br/sedh/pndh/pndh1.pdf](http://www.portal.mj.gov.br/sedh/pndh/pndh1.pdf))

<sup>10</sup> “ 4. Insta os Estados a facilitarem a participação de pessoas de descendência

de ações afirmativas veio com a Lei Federal n. 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI e previu a concessão de bolsas de estudo integrais e parciais para estudantes de graduação, com expressa previsão de cotas para negros.<sup>11</sup>

Voltado especificamente para a população negra e com o intuito de promover a igualdade de oportunidades em favor desta população, foi instituído o Estatuto Nacional da Igualdade Racial, por meio da Lei Federal n. 12.288/2010. Trata-se de diploma legal em que ganham destaque as ações afirmativas e o reconhecimento da discriminação a que foi submetida a raça negra durante o processo de desenvolvimento do país. As partir dos dispositivos ali constantes é possível inferir o estabelecimento de verdadeiras obrigações, tanto em relação ao governo quanto em relação à sociedade, com o intuito de corrigir distorções decorrentes do preconceito e da discriminação étnica.

Na mesma linha do que já estabelecido pelo PROUNI, foi promulgada a Lei Federal n. 12.711/2012, que estabelece, pelo prazo de 10 (dez) anos, cotas nas universidades públicas para candidatos autodeclarados negros, pardos ou indígenas, além da cota social

---

*africana em todos os aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais da sociedade, no avanço e no desenvolvimento econômico de seus países e a promoverem um maior conhecimento e um maior respeito pela sua herança e cultura; 5. Solicita que os Estados, apoiados pela cooperação internacional, considerem positivamente a concentração de investimentos adicionais nos serviços de saúde, educação, saúde pública, energia elétrica, água potável e controle ambiental, bem como outras iniciativas de ações afirmativas ou de ações positivas, principalmente, nas comunidades de origem africana;”* (disponível em <http://http://direitoshumanos.gddc.pt/>)

<sup>11</sup> Consoante art. 2º da Lei 11.096/2005, as bolsas serão destinadas: I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei; III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

Ainda, dispõe o art. 7º: As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao Prouni, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias: (...) II - percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros.

para candidatos oriundos de escola pública.

Por fim, o diploma mais recente que trata da questão e que tem relação direta com o tema aqui desenvolvido é a Lei Federal n. 12.990/2014, em que está prevista a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Interessante mencionar a Exposição de Motivos da referida Lei, em que se admite a persistência de diferenças significativas quanto aos indicadores sociais das populações negra e branca, não obstante as medidas previstas no Estatuto da Igualdade Racial. Prosseguindo o documento, constata-se que a afirmação de que, no âmbito da Administração Pública Federal, a representação negra dentre os servidores públicos federais é de apenas 30% (trinta por cento), o que justifica a política de inclusão, pelo prazo de 10 (dez) anos e posterior análise quanto à continuidade da medida<sup>12</sup>.

O avanço da legislação, portanto, é evidente. Antes previsto em Tratados e Convenções Internacionais, o sistema de cotas raciais foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio de leis federais, seguidas de diplomas estaduais (caso do Rio Grande do Sul, que adiante será demonstrado). A previsão constitucional de eliminação das desigualdades sociais, do preconceito, dos direitos e garantias fundamentais irradia para as demais produções legislativas, a fim de obrigar governo e sociedade a agir em prol da igualdade de oportunidades à raça negra.

Não é suficiente, portanto, a repreensão de práticas discriminatórias a fim de preservar a igualdade entre os indivíduos, mas sim, faz-se necessário promover a eliminação de desigualdades por meio de medidas compensatórias. É o que ensina Flavia Piovesan<sup>13</sup>:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto

<sup>12</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2013/195-MP-SEPPPIR.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2013/195-MP-SEPPPIR.htm)

<sup>13</sup> PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.

Com efeito, as ações afirmativas, que incluem o estabelecimento de cotas, colocam em prática o princípio da igualdade em seu sentido material. O tratamento desigual conferido aos negros quando do estabelecimento de cotas visa a compensar uma desigualdade social arraigada na história do Brasil. Os dados de pesquisa quanto à raça negra, antes demonstrados, evidenciam que apenas a evolução do tempo e do direito (o fim da escravidão) não foram suficientes para suprimir um passado discriminatório, demandando, dessa forma, a intervenção do Estado por meio de políticas públicas mais incisivas. Nos dizeres de Joaquim Barbosa<sup>14</sup>:

Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.

A legitimação desse tratamento desigual em favor dos negros está no texto da Constituição, que em diversos artigos (3º, 7-XX, 37-VIII., 170) prevê a redução da desigualdade e enaltece a igual-

<sup>14</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato E. dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p.15-57.

dade material, por meio de tutela dos interesses de classes menos privilegiadas (mulheres, deficientes físicos, pequenas empresas). Quer isso dizer que a Constituição vigente já respalda adoção de ações afirmativas a fim de promover a igualdade social. Consoante ensina Celso Antônio Bandeira de Melo,<sup>15</sup>

as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses protegidos na Constituição.

Nesse mesmo sentido de coerência lógica, é importante ressaltar que, dos textos normativos acima citados, o estabelecimento de cotas em favor dos negros leva em conta a proporção desta população na sociedade brasileira, de acordo com o último censo realizado pelo IBGE. Logo, a proteção jurídica “desigual” dos negros adota o critério da proporcionalidade, a fim de determinar em que medida se dará essa diferenciação e afasta, dessa forma, a incidência da arbitrariedade.

### 3 CRÍTICAS

O estabelecimento de cotas para negros, seja em concursos públicos, seja em universidades, não é medida que encontra pacífica aceitação. Pelo contrário, são muitos os argumentos discordantes ao tratamento desigual destinado aos negros, sob os mais diversos fundamentos<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 17.

<sup>16</sup> O Supremo Tribunal Federal já foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade das cotas raciais na Universidade de Brasília, conforme decisão em Medida Cautelar proferida pelo Min. Gilmar Mendes, na ADPF 186-DF: (...) *Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais. O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito*

Inicialmente, questiona-se o fator de discriminação – a cor – eleito para a implantação das cotas. Também não existem brancos que são pobres e marginalizados na sociedade? Por que somente os negros recebem tratamento diferenciado? A política de cotas não deveria levar em conta somente a classe social, e não a cor? O branco considerado pobre está em desvantagem em relação ao negro da mesma condição social? E o negro de classe social mais elevada pode se prevalecer da cor para ingressar no sistema de cotas? São perguntas suscitadas em debates e que, de fato, não são de fácil resposta. Se não estiver presente a imprescindibilidade da adoção de políticas públicas em favor da raça negra, em razão da discriminação que sofreu – e ainda sofre – na sociedade, a medida compensatória das cotas raciais pode parecer injusta e fomentar ainda mais o preconceito.

Em seguida, vem a questão da forma de aferição daqueles destinatários das cotas raciais, se a autodeclaração é de fato a melhor maneira de estabelecer a diferenciação. A experiência inicialmente introduzida nas universidades e agora estendida aos concursos públicos parece ter levado à conclusão de que a autodeclaração é a melhor maneira de se fazer a aferição dos destinatários das cotas raciais, da mesma forma que ocorre nas pesquisas do IBGE em relação à cor da sociedade brasileira. Vale aqui citar o incidente trazido a lume no julgamento da ADPF 186-DF, e amplamente divulgado na mídia à

---

*dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade. Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos – e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma. Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta; 1998). (...) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Medida Cautelar/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 31/07/2009.*

época, em que gêmeos idênticos foram declarados de cores diferentes pela comissão avaliadora da universidade.

Ainda, e especificamente no que diz respeito aos concursos públicos, não se podem ignorar os Princípios que regem a Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal, em especial o da Impessoalidade e o da Eficiência. No que diz respeito ao Princípio da Impessoalidade, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>17</sup>, “*nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas.*” Também de acordo com José dos Santos Carvalho Filho<sup>18</sup>, “*a Administração deve ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial*”. Já quanto ao Princípio da Eficiência, vem a questão da qualidade dos serviços prestados pela Administração Pública, *com a execução de serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional*<sup>19</sup>. *Inserido com a Emenda Constitucional 19/95, este Princípio relaciona-se com a qualidade do serviço público, o qual, em última análise, é realizado pelos servidores públicos. O concurso público, portanto, com seu método meritocrático, está intrinsecamente relacionado com a eficiência da prestação dos serviços públicos, eis que elege as pessoas mais qualificadas para exercê-los.*

*Diante de tais princípios e em favor das ações afirmativas, pode-se afirmar que a coadunação de seus preceitos com as cotas raciais nos concursos públicos exige uma interpretação conforme os objetivos da República insculpidos na Constituição Federal, aos quais também se encontra submetida a Administração. O bem maior aqui tutelado é a igualdade social e a conseqüente justiça social, que a Administração tem o dever de promover. Nessa mesma linha de raciocínio, a discriminação em concursos públicos encontra respaldo no próprio texto constitucional, quando expressamente determina a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).*

*Também aqui é interessante mencionar a previsão constante*

---

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

<sup>18</sup> MELLO, 2008, op cit., p. 21.

<sup>19</sup> CARVALHO, 2013, op. cit., p. 30.

*no art. 20 da Lei 8.112/90, que trata do estágio probatório dos servidores públicos federais. Com efeito, trata-se de avaliação periódica, pelo período de 03 anos a contar da posse, em que são examinados, dentre outros, a produtividade do servidor. Poderá o servidor negro ser equiparado ao servidor branco, para fins de aferição de sua produtividade? Trata-se de questão a ser enfrentada pelos administradores públicos em momento futuro e que, de fato, não encontra regramento legal sobre qual conduta a ser adotada.*

#### **4 A IMPLANTAÇÃO DAS COTAS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Na esteira da legislação supracitada e antes mesmo da promulgação da Lei 12.990/2014, o Estado do Rio Grande do Sul sancionou a Lei 14.147/2012, que “assegura aos negros e aos pardos o mesmo percentual apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE –, referente a sua representação na composição populacional do Estado do Rio Grande do Sul, o número de vagas oferecidas nos concursos públicos efetuados pela Administração Pública Direta e Indireta de quaisquer dos Poderes do Estado, para provimento de cargos efetivos”. A medida vale por 10 (dez) anos, quando será reavaliada, e utiliza o método da autodeclaração.

Elogiável a adoção da proporcionalidade conforme a representação da população negra/parda no Estado gaúcho, eis que leva em conta o retrato racial local para a adoção do tratamento desigual. No âmbito da Procuradoria do Estado, o último concurso realizado para provimento de cargos do quadro de pessoal dos serviços auxiliares da PGE/RS já previu, em seu edital, a reserva de vagas para negros e pardos, além daquelas para portadores de necessidades especiais.

Vale aqui ressaltar que referida Lei foi questionada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no que diz respeito à extensão da previsão das cotas para “quaisquer Poderes do Estado”. O Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade da referida expressão, sob o entendimento de que houve violação da regra de iniciativa legislativa privativa do Poder Judiciário para organizar os seus serviços auxiliares e prover por concurso público os cargos essenciais à

administração da justiça<sup>20</sup>. Por outro lado, a análise da inconstitucionalidade do ponto de vista formal (vício de iniciativa) não impediu o pronunciamento do Eminentíssimo Relator, o Des. Eduardo Uhlein, reiterado pelos Des. Rui Portanova e Aymoré Roque Pottes de Mello, sobre a acertada medida da adoção das cotas raciais: “*Não se está, frise-se bem, a examinar o disposto na Lei Estadual nº 14.147/2012 sob o viés da inconstitucionalidade substancial ou material. É certo que as formas de combate à desigualdade racial e a adoção de políticas afirmativas constituem veículos admissíveis para a consecução do objetivo de redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, o que é um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III e IV, da CF)*”.

Conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das cotas raciais nas universidades (ADPF 186, emblemática em razão da audiência pública realizada, com participação de vários segmentos da sociedade), a jurisprudência gaúcha parece seguir a trilha da confirmação da legitimidade das ações afirmativas

---

<sup>20</sup> Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCURSO PÚBLICO DE INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS DO ESTADO. DESTINAÇÃO DE VAGAS A NEGROS E PARDOS EM CONCURSOS PÚBLICOS DE QUAISQUER DOS PODERES DO ESTADO. LEI ESTADUAL Nº 14.147/2012, DE INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO. VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A Constituição Federal assegurou aos tribunais, como forma de garantia institucional, o poder de autonomia orgânico-administrativa, "que compreende sua independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos". Essa garantia, estabelecida no art. 96 da Constituição Federal, consiste, entre outras competências privativas, em organizar seus serviços auxiliares (alínea b) e prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, § 1º, os cargos necessários à administração da Justiça (alínea e). 2. Qualquer definição prévia acerca dos requisitos de acesso para cargos ou funções próprias ou de competência administrativa do Tribunal de Justiça e que não decorra da própria Lei Maior depende de iniciativa do próprio Poder Judiciário (assim como se dá com os demais Poderes de Estado, relativamente aos cargos que lhes cabe prover), sob pena de usurpação de sua reserva de iniciativa legislativa exclusiva. 3. Inconstitucionalidade formal da expressão "de quaisquer dos Poderes do Estado", contida em lei estadual de iniciativa do Poder Legislativo, e que estabelece reserva de vagas a candidatos em concursos do Poder Judiciário. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO PROCEDENTE, POR MAIORIA. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70057658593, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 27/01/2014).

também no âmbito dos concursos públicos.

## 5 CONCLUSÃO

A ação afirmativa de implantação das cotas raciais nos concursos públicos vai ao encontro dos objetivos da República previstos na Constituição, com vistas a reduzir as desigualdades sociais e promover o bem estar da população em geral. A Administração Pública, no exercício das funções do Estado, não poderia passar incólume à implantação de políticas públicas de inclusão e de eliminação de discriminações de certos segmentos da sociedade. Assim como é dever da sociedade em geral a adoção de medidas que visem à integração e à disponibilização de maiores oportunidades à população negra, também é dever da Administração, em obediência ao ordenamento jurídico vigente, promover o acesso aos cargos públicos por meio das cotas raciais. Os argumentos contrários ao ingresso diferenciado nas carreiras públicas são consistentes, sobretudo porque a medida não se equipara ao ingresso nas universidades, em vigência há mais tempo no país. Com efeito, nas universidades busca-se oferecer à população negra igual oportunidade para ingresso no mercado de trabalho, compensando-se uma deficiência do sistema educacional. Já no âmbito do serviço público, o que se oferece é o emprego propriamente dito, visando amenizar a discrepância que existe entre o número de servidores brancos e negros e, ao fim e ao cabo, propiciar a qualidade de vida gerada com um emprego estável. Os debates e o amadurecimento das medidas devem ser permanentes, inclusive porque se trata de ações com prazo de duração, que ao final deverão ser avaliadas pelo governo e sociedade sobre o alcance – ou não – da sua finalidade. Interessante é que a classe dos servidores públicos fornecerá importante contribuição para o tema, eis que vivenciará na prática a efetivação de uma ação afirmativa. O que importa ter em mente é que, no momento, o Estado não está de mão atadas assistindo à perpetuação de uma discriminação existente de há muito na sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho de. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

GOMES, Joaquim Barbosa. **O debate constitucional sobre as ações afirmativas**. In: SANTOS, Renato E. dos; LOBATO, Fátima (Orgs.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

# A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS REFUGIADOS E O RESPEITO AO MULTICULTURALISMO NA UNIÃO EUROPEIA: REVISÃO JURISPRUDENCIAL DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO RELIGIOSA

Laura Madrid Sartoretto<sup>1</sup>

**Resumo:** A questão da integração do refugiado nos países de destino é problemática, sobretudo na atualidade, já que a xenofobia tem se mostrado mais frequente, principalmente no bloco europeu. A cultura, os hábitos e a religião do migrante causam estranhamento aos cidadãos do país de destino e podem gerar conflitos que provocam dificuldade no processo integratório dos migrantes. Este artigo tem como objetivo discutir a validade, sob o ponto de vista do direito internacional e do direito europeu, do dispositivo da lei francesa que proibiu o uso o “véu islâmico” () naquele país. Para tanto, o primeiro capítulo aborda a dicotomia existente entre a ideia de multiculturalismo e a da existência de direitos humanos universais e sua relação com o processo integratório do refugiado na União Europeia (UE). O segundo capítulo analisa a legislação francesa que proíbe o uso do véu e testa sua validade sob a luz dos tratados europeus que versam sobre direitos humanos e dos tratados internacionais relevantes na discussão dessa problemática. Na segunda parte desse capítulo, analisa-se a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) com relação aos dispositivos legais que pretendam banir o uso do véu em diversos países da UE.

**Palavras-chave:** refugiados, Corte Europeia de Direitos Humanos, burca, xenofobia, multiculturalismo.

---

<sup>1</sup>Mestranda em Direito Internacional Público, Pós-graduada em Direito Internacional pela University College London - UCL. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2009). Possui graduação incompleta em Administração de Sistemas e Serviços de Saúde. Trabalhou em diversos projetos com imigrantes e refugiados na Inglaterra, Itália e Brasil. Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFGRS, Fórum de Mobilidade Humana-RS. É advogada, especialista em direito internacional público e direitos humanos.

**Abstract:** The issue of refugees integration in countries of destination is problematic specially nowadays, since xenophobia is more frequently being perceived especially within the european bloc. The culture, the customs and the religion of migrants cause estrangement from the citizens of the destinations countries can generate conflicts which increase the difficulties on the integrations process. This article aims to discuss the validity, in the light of the International and European Law, of the French Law disposition on banning the islamic veil(burca) in that country. In order to achieve that aim, the first chapter addresses the dichotomy between the multiculturalism and the universal human rights ideas and their relation to the refugees integration processes in the European Union (EU). The second chapter analyses the French Law, which bans the burca and tests its validity under relevant international and national human rights treaties. The second part of this chapter will analyze the the European Court of Human Rights (ECHR) decisions on other legislations which intended to ban the burca in other EU countries.

**Keywords:** refugees, European Court of Human Rights, burca, xenophobia, multiculturalism.

## 1 INTRODUÇÃO

Os movimentos migratórios sempre ocorreram desde os primórdios da humanidade. Esses movimentos ajudaram a povoar o planeta e foram responsáveis pela evolução dos povos através da convivência com culturas diferente. O intercâmbio entre os povos, porém, nem sempre se deu de maneira pacífica, conflitos em razão da expressão da cultura, de hábitos e religiões diferentes sempre estiveram presentes no plano da realidade das relações entre os povos.

A criação do conceito de nacionalidade não existiu senão para limitar sujeitos de direitos em um determinado território. Cidadãos que estariam, em tese, protegidos pela soberania de seus estados e que fariam jus a um conjunto de direitos justamente por pertencerem àquele estado. Com o advento de princípios gerais de direitos humanos, construídos no ocidente e espalhados para outras áreas do globo através de processos de democratização ou de colonização e imperialismo, o ser humano passou a gozar de direitos mínimos e de

proteção internacional ainda que fora do território do seu estado de origem. Exatamente desses princípios de proteção, derivou o direito internacional dos refugiados, pessoas que têm fundado temor de perseguição em função de raça, nacionalidade, grupo social, etnia e opinião política.

Ainda que protegidos por uma legislação regional e internacional no bloco europeu, os refugiados encontram problemas sérios no que se refere ao gozo desses direitos. A integração do refugiado é dificultada por imposições culturais e religiosas existentes nos países de destino, esse comportamento faz com que o refugiado deixe de ser um sujeito no processo integratório e passe a ser objeto de assimilação cultural, nesse sentido, o refugiado menos problemático é aquele que se torna invisível pois totalmente assimilado pela cultura do país que lhe deu refúgio. A diferença entre os conceitos de integração e assimilação está, principalmente no fato de que o imigrante integrado é aquele que goza, no país de destino, de todos os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos daquele país, ainda que sua religião, cultura e hábitos sejam diferentes. Há, certamente, limites para a liberdade de expressão desses sujeitos, que serão enfrentados no decorrer do trabalho, mas deve haver proporcionalidade na aferição dessa limitação. Por outro lado, o conceito de assimilação pressupõe uma disposição por parte do refugiado, em abandonar traços da sua cultura que o diferenciam da população nativa do país de destino, de forma a que a sua condição de migrante seja mitigada a tal ponto de ele se tornar invisível.

Essa é a discussão que se trava atualmente na Europa e principalmente na França, país que, em 2010, implementou legislação que proíbe o uso do véu islâmico<sup>2</sup> em locais públicos. O caso chegou

---

<sup>2</sup> “burca/burkha, é um traje de rua que cobre o corpo inteiro, incluindo o rosto e os olhos. Ele tem uma tela cobrindo os olhos e é similar ao seetar/sitar; o propósito desses trajes é cobrir o corpo e o rosto da mulher quando estão em público. Hijab é a palavra em árabe para cortina ou capa. É um pedaço de pano usado por mulheres muçulmanas para cobrir o cabelo, as orelhas e o pescoço, deixando o rosto descoberto. Khimar/kemar é similar só hijab, mas também pode cobrir desde a cabeça até a cintura. Jilbab/jelbab (também conhecido como abaya) é um pano longo e largo, que cobre o corpo como um sobretudo, exceto o rosto. Niqab é um véu que cobre o rosto e o cabelo da mulher, deixando apenas os olhos a vista.”

à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos em julho de 2014 e a decisão da Corte confirmou a validade da lei Francesa.

Esse trabalho tem como objetivo analisar as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos, da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto do Refugiados e de outros tratados internacionais de direitos humanos, acerca de temas que envolvem aspectos culturais e religiosos de refugiados na Europa. O primeiro capítulo, na primeira parte, faz uma breve análise da dicotomia entre multiculturalismo e o conceito de direitos humanos universais. Na segunda parte, analisa-se o processo integratório do refugiado na sociedade europeia. Nesse momento cabe aclarar certos conceitos e fazer delimitações no escopo do trabalho. Aqui se tratará da problemática dos solicitante de refúgio e do refugiado, definido pela Convenção de 1951, ainda que se use o termo migrante, ele será delimitado pela definição de refugiado. O segundo capítulo aborda os tratados regionais e internacionais que se relacionam à proteção dos direitos humanos aplicados na Europa, com foco nos dispositivos que tratam do direito à liberdade de expressão, de culto religiosos e do direito à vida privada. A seguir, na segunda parte do capítulo, enfrenta-se as decisões da CEDH referentes ao uso do pano islâmico, principalmente a decisão mais recente que confirmou a lei francesa que impôs o banimento total de seu uso em áreas públicas.

## **2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O RESPEITO AO MULTICULTURALISMO NA UNIÃO EUROPEIA (UE)**

### **2.1 A Dicotomia entre Multiculturalismo e Direitos Humanos Universais**

A tensão existente entre o relativismo cultural, ideia expressa no multiculturalismo e a premissa de que há um conjunto de direitos inerentes ao ser humano e que, por isso, seriam universais não é nova. Ela vem de meados da década de quarenta, com o movimento pós

---

*OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. Unveiling the Thruth: Why 32 Muslim Women wear the full-face veil in France? At home in Europe Project, 2011. p. 9.*

Segunda Guerra Mundial, que originou a Declaração dos Direitos Universais do Homem de 1948 e trouxe para o âmbito internacional a ideia da elaboração de um conjunto de direitos que deveriam ser gozados por todos os seres humanos.

Embora tenha havido um esforço por parte da comunidade internacional em criar um arcabouço mínimo de proteção aos direitos humanos, na prática, as décadas que seguiram a implementação da Declaração de 1948 mostraram o relativo fracasso na observância dos princípios ali esteirados. Guerras, ditaduras, genocídios, crimes de guerra e contra a humanidade seguiram ocorrendo e se repetindo<sup>3</sup>, muitas vezes fundamentados em um ideia de proteção de direitos humanos, como foi o caso da fracassada intervenção humanitária ocorrida na Líbia, em 2012.

Atualmente, o que se vê na comunidade internacional é que violações a direitos humanos e também à soberania e autodeterminação dos povos e dos indivíduos são cometidos tendo como justificativa a proteção dos direitos humanos universais. Esse paradoxo ocorre pois há uma dificuldade em se encontrar um consenso acerca de um conjunto de direitos humanos que possam ser reconhecidos em todos os cantos do mundo e, mais complexo que isso, há discrepância na interpretação e aplicação desses direitos ao redor do globo.

Mesmo em blocos regionais considerados estáveis, como a União Europeia, que se encontra no mais avançado estágio de integração<sup>4</sup> se comparada a outros blocos, há problemas relativos às diferenças culturais dos cidadãos de países que integram o bloco e, com mais ênfase, com relação aos cidadãos não comunitários, que migram para aquela região.

---

<sup>3</sup>A Guerra do Vietnã, a invasão do Iraque e do Afeganistão, ditaduras na América Latina, limpeza étnica na Bósnia, genocídios em Ruanda e crimes de guerra e contra a humanidade na República Democrática do Congo e Uganda são apenas alguns dos exemplos do século XX, que Eric Hobsbawn convencionou chamar de a “Era dos Extremos” que, nas palavras do autor, foi o “século no qual mais se matou gente”. HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598p. p.

<sup>4</sup>JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de Direito da Integração e Comunitário*. São Paulo: Ltr, 2002. p. 14.

A teoria de Kant<sup>5</sup>, de que um direito cosmopolita, fundamentado na hospitalidade e no respeito aos direitos humanos, pudesse ser a base da integração de cidadãos oriundos de países com culturas diferentes, parece estar sendo colocada em discussão, em função das recorrentes e profundas crises que enfrenta a UE. Essas crises extrapolam o âmbito econômico e atingem a sociedade como um todo. As relações entre os cidadãos se deterioram e os migrantes e refugiados são os primeiros atingidos por medidas restritivas de direitos e pelo recrudescimento no monitoramento de fronteiras<sup>6</sup>, de forma a limitar a entrada de novos migrantes.

A globalização nos impõe a presença do diferente, em tempo recorde. Não há como conhecer, refletir e entender culturas diferentes. A mobilidade humana, quer seja forçada ou voluntária, nos coloca cara a cara com a diversidade e pede para que nos relacionemos com ela de forma racional e respeitosa, mas isso nem sempre ocorre.

Ao tratar dessas questões, algumas perguntas surgem. O que são direitos fundamentais? Como se desenvolveu a teoria em torno desses direitos?

O conceito de universalidade pode ser dividido em universalidade conceitual e direitos humanos estrito senso. A universalidade conceitual pressupõe que existam direitos que a pessoa possui por fazer parte da espécie humana, os direitos humanos. Os direitos humanos estrito senso são o conjunto ou núcleo de direitos que devem ser garantidos a todos os seres humanos.<sup>7</sup> Atualmente, há relativo consenso na questão conceitual, de que seres humanos devem gozar de certos direitos inalienáveis e invioláveis, a discussão se trava, justamente, acerca dos direitos quem devem integrar o núcleo a ser protegido e

---

<sup>5</sup> Kant fala da sua teoria cosmopolita na obra "A Paz Perpétua" e diz que o estrangeiro deve ser tratado de forma respeitosa no país de destino em função do princípio da hospitalidade, que nada tem a ver com filantropia mas com o que ele chama de propriedade comum da Terra, que é finita, em razão disso, os homens devem suportar-se. KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Covilhã: Lusofiapress, 2008. p. 20.

<sup>6</sup> Criada em 2004 a agência Europeia de monitoramento de fronteiras, FRONTEX, tem sido acusada de violação de direitos humanos em suas operações.

<sup>7</sup> DONELLY, Jack. The Relative Universality of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, Michigan, v. 29, n. 2, may. 2007. p. 281.

da interpretação que se dá aos mesmos. A maioria da comunidade internacional é, por exemplo, contrária a tortura e tratamento cruel e desumano. A Convenção Contra a Tortura, de 1984, tem 155 dos 192 Estados que compõem a ONU, como partes, mas muitos deles impõem cláusulas de reserva que os eximem da jurisdição do Comitê que avalia situações de tortura e tratamento cruel e desumano. Isso denota que há um certo consenso de que a tortura deve ser proibida, mas não há uma convergência para delimitar quais atos se configuram, na prática, tortura. Menor ainda é o consenso acerca da punição desses atos.

Os direitos garantidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 são relativamente aceitos pela comunidade internacional, principalmente pelo ocidente. Mas os direitos a livre expressão e à religião continuam a receber resistência e oposição.<sup>8</sup>

Como ensina Norberto Bobbio, “os direitos humanos não são um dado da natureza ao modo do jusnaturalismo. São um construído jurídico historicamente voltado para o aprimoramento político da convivência coletiva”.<sup>9</sup> Nesse sentido, o autor afirma que os direitos fundamentais tutelados, dependem da época histórica e do local no qual são exercidos. Bobbio vai mais longe, afirmando que os direitos são construídos através das lutas da sociedade, que buscam, em cada momento, mais direitos.<sup>10</sup>

As Revoluções Francesa e Americana, nos legaram os chamados direitos de 1º geração (ou dimensão), aqueles relativos aos direitos individuais do homem frente ao Estado. Os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, emergiram da luta do proletariado contra a exploração no âmbito do trabalho e se espalharam para toda a população. O direito ao meio-ambiente preservado faz parte da terceira geração de direitos fundamentais, seguida pela quarta geração que trata de direito ao patrimônio genético das pessoas.<sup>11</sup>

A evolução dos povos claramente provoca a luta por mais direitos e pela difusão desses direitos a todas as pessoas. Ocorre que

---

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 289.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. IX.

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 4.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 5.

essa difusão de direitos através da imposição de valores em regiões e a pessoas que não comungam das mesmas crenças ocidentais pós-modernas, pode ser vista como uma nova forma de colonialismo.<sup>12</sup> Isso ocorre, principalmente, quando o direito tutelado é mais abstrato do que o direito à vida ou à integridade física, por exemplo, amplamente entendidos como direitos fundamentais, e o direito à manifestação religiosa se enquadra nesse rol de direitos abstratos. A justificativa para a limitação desse direito pode ser facilmente aceita em um lugar do mundo, o ocidente, por exemplo, mas impensável em locais onde a religião orienta a vida das pessoas e nos quais não há uma nítida separação entre estado e religião. Há que se notar que não há uma resposta válida para todos, mas deve-se propor uma convivência harmônica entre pessoas que comungam de valores diferentes. Para o imigrante, no país de destino, a imposição de valores locais e a limitação ou proibição da prática de costumes e hábitos de origem acelera um processo de assimilação e torna o refugiado invisível, pois assimilado pela cultura do estado receptor.

Há quem sustente<sup>13</sup> que em muitos países desenvolvidos há uma tendência de relativização de determinados aspectos culturais homogêneos, em razão da mudança demográfica das populações desses países. A imigração é um dos fatores que influencia essa mudança. Na Europa, a imigração tem aumentado nos últimos anos e com o envelhecimento da população nativa, há necessidade de mão-de-obra imigrante para manter a economia em funcionamento.<sup>14</sup> A maior presença de migrantes faz com que a legislação e as políticas públicas dos países de recepção tenham que se adequar para abarcar tal diversidade. Essa adequação pode se dar tanto na elaboração de leis e políticas que contemplem a diferença, como, a contrário

---

<sup>12</sup> Edward Said, um dos maiores estudiosos do sistema colonialista do século XX, elaborou uma tese, no livro *Orientalismo*, que mostrava como os ocidentais, para promover e justificar o sistema colonialista exploratório, construíram uma ideia de oriente, fundamentada na soberania moral e intelectual dos ocidentais. SAID, Edward. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

<sup>13</sup> KYMLICKA, Will. Multiculturalism and Minority Rights: West and East. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, Flensburg, n. 4, 2002. p. 8.

<sup>14</sup> KYMLICKA, *loc. cit*

senso, na adoção de práticas que restrinjam a liberdade de expressão da cultura, linguagem e religião de minorias. O recrudescimento no tratamento dessas pessoas, em muitos casos, provoca violação de seus direitos fundamentais e vai de encontro a tratados internacionais e regionais que garantem proteção a todos de maneira igualitária.

## 2.2 A Integração Local do Refugiado na União Europeia

A UE é um bloco que recebe milhares de refugiados todos os anos.<sup>15</sup> Quer seja pelo poder de atração que os países mais desenvolvidos exercem sobre cidadãos de países mais pobres, por laços culturais que existem entre países europeus e cidadãos de suas antigas colônias na África e no oriente<sup>16</sup>, ou pela proximidade do continente europeu com rotas de fuga de imigrantes, as populações em mobilidade, principalmente os refugiados, procuram a Europa para estabelecer residência.

Nesse cenário de convivência entre pessoas de culturas diferentes, o conflito e o estranhamento perpassam o processo de integração dos estrangeiros nas sociedades de destino. Na busca por uma solução durável para o problema do refúgio, a integração no país de destino é uma das formas de dirimir problemas advindos da relação entre culturas diferentes. Nesse sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) estabelece o conceito de integração que deve conduzir a inserção do refugiado nas sociedades de destino.

Segundo o ACNUR, portanto, a integração se consubstancia:

Em primeiro lugar, num processo legal pelo qual os refugiados adquirem uma ampla gama de direitos no país de acolhimento. Segundo, é um processo econômico de estabelecimento de meio de vida sustentável ao refugiado e de padrão de vida similar aos dos cidadãos do país de acolhimento. Terceiro, é um processo social e cultural de adaptação e aceitação que

<sup>15</sup> FIELDEN, Alexandra. Local integration: an under-reported solution to protracted refugee situations. In: *New Issues in Refugee Research*, Research Paper n. 158, jun. United Nations High Commissioner for Refugees, 2008. p. 12

<sup>16</sup> *Idem*. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 23.

permite aos refugiados contribuir com a vida social do país de acolhimento e viver sem o medo de discriminação.<sup>17</sup>

O princípio da integração local é amplamente reconhecido no Direito Internacional dos Refugiados e é mencionado no artigo 34 da Convenção de 1951.<sup>18</sup> Apesar do texto da convenção citar os termos “integração” e “assimilação” como sinônimos, essa não é a melhor forma de enfrentar a questão, pois há diferença no conteúdo terminológico desses conceitos, sendo que a integração é sempre preferível à assimilação.

A assimilação pressupõe que o refugiado tenha que abrir mão de traços de sua cultura e de hábitos de vida que contrastem e tragam desconforto aos cidadãos do país de acolhimento. Para que essa pessoa seja bem aceita naquela sociedade, deve se tornar um imigrante invisível, pois assimilado pelo meio. Observa-se, por exemplo, que medidas como restrição de práticas relativas à cultura, linguagem e religião de minorias étnicas são frequentemente implementadas por governos para que essas minorias<sup>19</sup>, dentre elas os refugiados, possam ser assimiladas pela cultura dominante e desapareçam.

O ACNUR se opõe de forma veemente ao conceito de assimilação e já expressou que “a comunidade internacional sempre rejeitou a noção de que deveria ser esperado que os refugiados abandonassem sua própria cultura de forma de vida de modo a se tornarem indistintos dos nacionais do país de destino”.<sup>20</sup> Em razão disso, o que

---

<sup>17</sup> CRISP, Jeff. The local integration and local settlement of refugees: a conceptual and historical analysis *New Issues in Refugee Research*, Working Paper N.102, Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees: Geneva, 2004. p. 1.

<sup>18</sup> “Os estados contratantes facilitarão, na medida do possível, a assimilação e a naturalização dos refugiados, (...)”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 28 de julho de 1951*. Disponível em: [http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao\\_de\\_1951\\_relativa\\_ao\\_estatuto\\_dos\\_refugiados.pdf](http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf).

<sup>19</sup> KYMLICKA, *op. cit.* p. 4. O autor refere que essas práticas eram as mesmas implantados por estados colonizadores em suas colônias. Assim ocorreu com o povo Sami na Suécia, com os índios norte-americanos, com os aborígenes na Austrália, dentre outros.

<sup>20</sup> UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Global Consultations on International Protection: third track, local integration, 4. *EC/GC/02/6*, 25 April 2002. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17>.

se espera do país de destino é que, através de programas e projetos governamentais, incentive sua população a conhecer o conviver de maneira positiva com as diferenças.

Essa não é, obviamente, uma relação fácil. O processo de integração dos refugiados encontra muitas dificuldades, especialmente quando ocorre entre pessoas de cultura, religião e hábitos de vida muito diferentes. Em primeiro lugar, algo que dificulta sobremaneira esse processo, é o fato de que os refugiados são vistos como um “fardo” para o país de destino. No continente europeu, por exemplo, quando da implementação dos Regulamentos Dublin I e II<sup>21</sup>, uma das razões de sua elaboração foi a justa repartição do “fardo” dos refugiados entre os estados-membros da UE.<sup>22</sup> Essa noção cria animosidade em relação aos refugiados e não colabora para sua integração. Ao contrário, faz com que sejam colocados à margem da sociedade e discriminados em diversas situações do cotidiano, como por exemplo no preenchimento de postos de trabalho e nas políticas e alocação habitacional.<sup>23</sup> Segregados social e geograficamente, os refugiados ficam relegados a guetos e têm dificuldade em gozar dos direitos e da proteção que lhes são garantidos pelo direito internacional, conforme expressa o texto a seguir, que fala da dificuldade de relacionamento entre migrantes e populações nativas:

Many current inhabitants of those areas attempt to stop them. Postsettlement, millions of successful settlers attempt to effectuate certain changes in their new homes, changes that

---

html.

<sup>21</sup> Os Regulamentos Europeus de Dublin I e II foram elaborados em conjunto com outras medidas no contexto do Sistema Europeu Comum de Asilo, para harmonizar práticas e dividir responsabilidades entre os estados membros da União Europeia no que se refere ao processamento das solicitações de refúgio naquele continente. Ocorre que passados cerca de 15 anos da implementação dos Regulamentos, não há harmonização nas práticas nem uma divisão equânime das solicitações e refúgio.

<sup>22</sup> Fardo ou “burden” é a palavra utilizada por muitos estados-membros da EU para se referir à responsabilidade por solicitações de refúgio naquele continente. A utilização desses termos é criticada por muitos estudiosos e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, pois tem conotação pejorativa, colocando pessoas em situação de refúgio como impossibilitadas ao trabalho e à geração de renda.

<sup>23</sup> FIELDEN, *op. cit.* p. 13.

would render their new homes more accommodating to their background, however defined (cultural, linguistic, religious or otherwise). Millions of natives attempt to prevent these settlers from succeeding; the natives pressure the settlers either to return to their homes of origin or to assimilate fully to what natives perceive as the traditional ways of these lands. In this fierce struggle between settlers and natives over identity of territory, there is no right or wrong. Parties clash, the stronger wins, end of story. Immigration law and policy tries to mediate this struggle by positing a compromise that would be, for the most part, satisfactory to the clashing parties.<sup>24</sup>

Esse contexto de conflito entre refugiados e população nativa, muitas vezes, impõe como melhor solução duradoura o retorno do refugiado ao país de origem (em casos em que isso é possível) ou mesmo seu reassentamento em um terceiro país.<sup>25</sup> É nesse contexto que o direito internacional deve atuar, para que a proteção dos refugiados se torne efetiva e para que a integração local seja um

---

<sup>24</sup> Milhões de imigrantes tentam efetuar certas modificações em seus novos lares, mudanças que poderiam deixar seus lares em maior conformidade com seus históricos, independentemente dos fatores (cultural, linguístico, religiosos ou outros). Milhões de nativos tentam impedir que esses imigrantes sejam bem sucedidos nesse intento; os nativos pressionam os imigrantes ou para que retornem aos seus países de origem ou para que assimilem completamente o que os nativos entendem como tradições locais. Nessa dura batalha não existe certo nem errado. As partes se chocam, o mais forte vence e ponto. O direito e as políticas migratórias tentam mediar esse conflito de forma a estabelecer uma harmonização que possa ser, em tese, satisfatória às partes em disputa. (tradução nossa) MANAS, Jean. Bad citizens: the nonassimilating immigrant and the xenophobic native. *The American Society of International Law*, v. 88, 1994. p. 446.

<sup>25</sup> O arcabouço jurídico da proteção internacional a qual o refugiados faz jus se fundamenta principalmente no princípio do non-refoulement (não devolução), que dispõe que nenhuma pessoa poderá ser devolvida a um local onde corra o risco de sofrer tortura ou tratamento degradante, cruel ou desumano e isso está ligado com as situações de perseguição das quais o refugiados tenta escapar. O solicitante e o refugiado têm o direito de ficar e se estabelecer no país de destino enquanto a situação de perseguição no seu país de origem se mantiver. A Convenção de 1951 prevê, entretanto, que caso essas situações de perseguição cessem e o refugiado queira retornar ao país de origem, essa é uma solução possível. Outra solução prevista pelo ACNUR é a possibilidade de reassentamento desse refugiado em um terceiro país, que não o de destino nem o de origem, mas esse país deve ser considerado seguro e atender ao princípio do non-refoulement.

processo efetivo e duradouro.

Na Europa, a questão da integração dos refugiados se relaciona, em grande medida, com o número cada vez maior de migrantes que entram e se estabelecem naquele continente. Ligados por laços estabelecidos pelo sistema colonialista que dominou o mundo no século XIX, os refugiados, que são obrigados a fugir da perseguição em seus países, procuram se estabelecer em locais onde sua integração seja facilitada por laços culturais. Assim, indianos procuram a Inglaterra, congoleses e senegaleses preferem se estabelecer na Bélgica e marroquinos, tunisianos e argelinos vão para a França, pois o problema da língua é dirimido nesses casos.

Essa integração, porém, nem sempre é facilitada por laços culturais, pois o convívio com o ex-colonizador nem sempre é um ponto positivo, devido à imagem criada por esse em relação ao colonizado. Na visão do colonizador o oriental (muçulmano) era tido como irracional, depravado, infantil, e “diferente”; em contraste com o europeu, que era descrito como racional, virtuoso, maduro, “normal”.<sup>26</sup> Não é de causar surpresa, portanto, que atualmente o sentimento de islamofobia<sup>27</sup> esteja sendo disseminado no Europa,

---

<sup>26</sup> SAID, *op. cit.* p. 73.

<sup>27</sup> The term “Islamophobia” was first introduced as a concept in a 1991 Runnymede Trust Report and defined as “unfounded hostility towards Muslims, and therefore fear or dislike of all or most Muslims.” The term was coined in the context of Muslims in the UK in particular and Europe in general, and formulated based on the more common “xenophobia” framework. *O termo Islamofobia foi introduzido como um conceito em 1991, no Relatório da Fundação Runnymede e definido como “infundada hostilidade contra Muçulmanos” no RU em particular e na Europa em geral e formulado baseando-se no na estrutura comum à xenofobia (tradução nossa). CENTRE FOR RACE AND GENDER. Defining “Islamophobia”. Islamophobia Research Project. Disponível em: <http://crg.berkeley.edu/content/islamophobia/defining-islamophobia>. Acesso em 04 ago 2014. Critics of the term have claimed that Islamophobia is a highly popular, new phrase for a rather old phenomenon: racism. In this understanding, the new label Islamophobia would conceal that discrimination and prejudice against immigrants – also but not exclusively from predominantly Muslim countries – constitute a long-standing tradition in many Western countries. *Críticos do termo têm sustentado que Islamofobia é uma novo termo, muito popular para um fenômeno relativamente antigo: o racismo. Nesse contexto, o novo termo islamofobia abarcaria discriminação e preconceito contra imigrantes – incluindo, mas não predominantemente, oriundos de países muçulmanos – constitui uma tradição antiga nos países do**

o que dificulta sobremaneira a relação entre europeus e nacionais de países islâmicos que estejam em situação de refúgio naquele continente.

Nesse cenário, a religião é um traço cultural que se sobressai no convívio entre ocidentais e refugiados orientais estabelecidos na UE. Os hábitos, os horários de reza e a vestimenta explicitam a opção religiosa dos refugiados, que muitas vezes se tornam alvo de preconceito simplesmente por professar determinada fé. Os constantes alvos desse sentimento xenófobo são adeptos da religião muçulmana, sobretudo depois dos atentados ao World Trade Center, em Nova Iorque, em 11 de setembro de 2001, quando foi lançada explicitamente uma guerra ao terrorismo, que representava, na pessoa de Osama Bin Laden, um direcionamento contra o que se chamou de “islamismo radical”.<sup>28</sup>

---

*ocidente.* (tradução nossa). ALLEN, Chris. Islamophobia and its consequences. In: AMGHAR, Samir; BOUBEKEUR, Amel; EMERSON, Michel (Eds.). *European Islam – Challenges for public policy and society*. Brussels: Center for European Policy Studies, 2007. pp. 144-167.

<sup>28</sup> The War on terror is an international military campaign launched in 2001 with the US and UK invasion of Afghanistan in response to the attacks on New York and Washington of 11 September 2001. It is a global military, political, legal and ideological struggle employed against organizations designated as terrorist and regimes that were accused of having a connection to terrorists or presented as posing a threat to the US and its allies in general. The phrase War on Terror was adopted by former US President George W. Bush and other high-ranking US officials. The campaign was led by the U.S. and the U.K. with the support of other North Atlantic Treaty Organization (NATO) and non-NATO countries. The campaign was originally carried on against al-Qaeda and other terrorist organizations with the purpose of eliminating them. It is also known as the Global War on Terror or the War on Terrorism. A guerra ao terror foi uma campanha militar internacional lançada em 2001 com a invasão dos EUA e RU no Afeganistão em resposta aos ataques em Nova Iorque e Washington de 11 de setembro de 2001. É uma batalha global militar, política, legal e ideológica empregada contra organizações designadas como terroristas e seus aliados em geral. A frase “guerra ao terror” foi adotado pelo ex-Presidente dos EUA, George W. Bush e outras pessoas com altos cargos no seu governo. a campanha foi conduzida pelos EUA e pelo RU com o apoio de outros países da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e países não membros da OTAN. A campanha foi originalmente direcionada para a Al-Qaeda e outras organizações terroristas com o intuito de eliminá-las. É conhecida também como guerra global ao terror ou guerra ao terrorismo. (tradução nossa). USLEGAL. War on terror law and legal definition. *Definitions*. Disponível em: <http://definitions>.

Ao mesmo tempo que a guerra ao terror acentuou o preconceito contra islâmicos vivendo dos Estados Unidos e Europa, o número e a intensidade de conflitos que geram fluxos forçados de pessoas aumentaram, fazendo com que mais e mais refugiados fossem obrigados a deixar seus países e tentar a sorte na travessia do mar Mediterrâneo para chegarem à Europa. Países como a Grécia e a Itália foram invadidos por milhares de pessoas fugindo de perseguições nos seus países de origem e a xenofobia e a islamofobia aumentaram consideravelmente no mesmo período.

A França, que tem uma população muçulmana de cerca de dez por cento de sua população total<sup>29</sup>, se preocupa atualmente, com a mudança na configuração de sua sociedade, fundamentada em princípios de laicidade e secularismo.

### **3 A LEI E A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIAS COM RELAÇÃO AO DIREITO DE MANIFESTAÇÃO RELIGIOSA**

#### **3.1 A Lei Francesa (2010-1192) que Baniu o uso da Burca e os Tratados Regionais e Internacionais de Direitos Humanos que se Relacionam com o Tema**

Em 2009, em um discurso no Palácio de Versalhes, na França, o então presidente francês, Nicolas Sarkozy, afirmou que a burca não era bem vinda naquele país, pois não seria uma face da expressão religiosa das mulheres, e sim um sinal de subserviência dessas em relação aos homens.<sup>30</sup> No ano seguinte, o país implementou a Lei 2010-1192, que proibia o uso de qualquer objeto que cobrisse o totalmente o rosto, em espaços públicos. Criticada por organizações que defendem direitos humanos, direitos dos refugiados, direitos

---

uslegal.com/w/war-on-terror/. Acesso em 12 jul. 2014.

<sup>29</sup> MUSLIM POPULATION IN THE WORLD. Muslim Population in Europe in 2014 (in million). Disponível em: <http://www.muslimpopulation.com/Europe/>. Acesso em 10 jul. 2014.

<sup>30</sup> NICOLAS Sarkozy: burca not welcome in France. *The Telegraph*. London, 22 jun. 2009. Europe - France. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/5603070/Nicolas-Sarkozy-burca-not-welcome-in-France.html>. Acesso em 20 jul. 2014.

das mulheres e até por feministas, a lei teve sua validade analisada e confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em 1º julho de 2014. Mais críticas ocorreram depois da decisão da CEDH, que colocou mulheres, que insistem em exercer sua liberdade de manifestação religiosa em público, a mercê da aplicação de multas recorrentes e até da possibilidade de detenção.

Apesar da lei ser de abrangência geral e não focar especialmente mulheres muçulmanas que usam o véu, críticos têm afirmado que essas mulheres são, de fato, o público que a lei quer atingir, pois, de acordo com seus defensores, o uso do véu é um hábito que tem crescido na França, com a vinda de um número cada vez mais expressivo de refugiados muçulmanos e também com o reaparecimento de um movimento militante que defende o uso do véu pelas mulheres muçulmanas.<sup>31</sup> Segundo o governo francês, esses fatores colocam em risco o secularismo<sup>32</sup>, princípio sobre o qual a França foi estruturada, desde a Revolução de 1789.

---

<sup>31</sup> AMARA, Fadela. *The burca ban in France*, 2013. Palestra realizada na Universidade de Chicago em 29 de maio de 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Jkz1LFPgZDY>. Acesso em 29 jul. 2014.

<sup>32</sup> La laïcité, pierre angulaire du pacte républicain, repose sur trois valeurs indissociables: liberté de conscience, égalité en droit des options spirituelles et religieuses, neutralité du pouvoir politique. La liberté de conscience permet à chaque citoyen de choisir sa vie spirituelle ou religieuse. L'égalité en droit prohibe toute discrimination ou contrainte, et l'Etat ne privilégie aucune option. Enfin, le pouvoir politique reconnaît ses limites en s'abstenant de toute immixtion dans le domaine spirituel ou religieux. La laïcité traduit ainsi une conception du bien commun. Pour que chaque citoyen puisse se reconnaître dans la République, elle soustrait le pouvoir politique à l'influence dominante de toute option spirituelle ou religieuse, afin de pouvoir vivre ensemble. *O secularismo, pedra angular do pacto republicano, repousa em três valores indissociáveis: liberdade de consciência, igualdade em direito de opções espirituais e religiosas, neutralidade do poder político. A liberdade de consciência permite a cada cidadão escolher sua via espiritual e religiosa. A igualdade no direito proíbe toda a discriminação e coerção, e que o Estado não privilegie qualquer opção. Enfin, o poder político reconhece seus limites e se abstém de toda a interferência no domínio espiritual ou religioso. O secularismo e reflete uma concepção do bem comum. De modo que cada cidadão pode reconhecer-se na República, ele subtrai o poder político à influência dominante de qualquer opção religiosa ou espiritual, a fim de viver juntos.* (tradução nossa). LA RAPPORT de la Commission Stasi sur La Laïcité. *Le Monde Document*, Paris, 12 dec. 2003. p.1

A lei prevê, em seu artigo 1º, que ninguém, em um espaço público, poderá usar veste que se destine a encobrir o rosto. O conceito de espaço público é informado pelo artigo 2º da lei e abarca vias públicas, lugares abertos ao público ou que são usados para uma finalidade ligada ao serviço público. Há exceções para a aplicação da regra limitadora do artigo 1º, quais sejam: a) quando a veste se enquadrar em uma conduta exigida ou autorizada por lei ou por regulamento; b) quando seu uso se der justificadamente por razões de saúde ou de caráter profissional, bem assim se for parte de atividades esportivas, de festas, de manifestações artísticas ou tradicionais. Nos casos mencionados acima, abre-se a possibilidade do uso de objeto ou vestimenta que cubra o rosto totalmente. O artigo 3º da lei prevê como sanção ao descumprimento da regra do artigo 1º o pagamento de uma multa ou de pena alternativa de restrição de direitos (cumprir o “estágio de cidadania”, previsto no parágrafo oitavo do artigo 131-16 do Código Penal). O artigo 4º da lei, que alterou o Código Penal, definiu que os perpetradores do uso da veste que dissimula o rosto, que assim o fazem por meio de ameaça, violência, coação, abuso de autoridade ou de poder, poderão sofrer a pena de 1 ano de prisão e outra de multa de 30 mil euros. Se a pessoa coagida, forçada ou ameaçada a usar essa veste for menor de idade a pena será gravada para o dobro (2 anos de prisão e multa de 60 mil euros).<sup>33</sup>

A lei expressa, em sua justificativa, a preocupação com dois aspectos importantes, na visão do legislador, do uso de objeto ou vestimenta que cubra totalmente o rosto. O primeiro argumento se refere a questões de segurança pública, já que as pessoas que fazem uso de tal vestimenta circulam desidentificadas. O segundo argumento se refere ao que o legislador chamou de “conjunto de valores mínimos de uma sociedade aberta e democrática”, esse conceito foi quebrado em três outros aspectos específicos: 1. a igualdade no tratamento entre os gêneros, já que o véu islâmico é visto como um sinal de subserviência da mulher em relação ao homem, que na visão do legislador francês, impõem o uso da vestimenta à mulher, contra

---

<sup>33</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luis. Um novo “caso do véu” no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 2 de jul. De 2014. p. 2.

a sua vontade e a relega a uma vida de segregação e alienação.<sup>34</sup> A lei, nesse caso, viria para emancipar a mulher e garantir que ela gozasse de liberdade na sociedade francesa<sup>35</sup>; 2. o respeito à dignidade humana, como a possibilidade estar em sociedade conviver de maneira aberta com outros membros a possibilidade de agir de acordo com sua vontade própria; e 3. respeito a requisitos mínimos da vida em sociedade em sentido estrito (ligando esse último valor a proteção dos direitos e liberdades dos outros). Nesse sentido, o direito do outro em conviver com pessoas e ver sua face nesta convivência. O governo francês argumentou que a cultura de laicidade e secularismo daquele país era afrontada por expressões religiosas muito agressivas, como o caso do véu e que essa prática impedia cidadãos de conviverem juntos (*vivre ensemble*), já que o rosto é uma parte importante da interação entre as pessoas. Em razão disso, o Estado francês entendeu que deveria haver uma limitação nos direitos à privacidade e à liberdade de manifestação religiosa em razão dos direitos acima mencionados.

Muito embora o direito a liberdade de manifestação religiosa não seja absoluto e possa ser mitigado em algumas situações de exceção, como a lei mesmo informou em seu artigo 2º, há requisitos muitos rigorosos que devem ser observados para a ocorrência desta limitação, pois o direito à manifestação religiosa é protegido por legislações internas dos Estados-membros da UE bem como por inúmeros tratados internacionais de direitos humanos. A França, assim como os demais países da UE, é signatária da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que em seu artigo 9º prevê que todos têm direito à:

“Liberdade de pensamento, de consciência e de religião 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de

---

<sup>34</sup> LA RAPPORT, *op. cit.* p. 2. AMARA, *op. cit.*

<sup>35</sup> Esse é um argumento controvertido, pois, de acordo com a pesquisa realizada pela Open Society Foundations, as mulheres entrevistadas que usam o véu dizem fazê-lo por vontade própria, muitas vezes contra a vontade dos maridos e familiares. Os motivos alegados são muito diversos, variando de questões religiosas, culturais, até um sentimento de proteção e liberdade com o uso do véu.

mudar de religião ou de crença, assim como a **liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença**, individual ou coletivamente, **em público** e em privado, por meio do culto, do ensino, **de práticas** e da celebração de ritos.”(grifamos)

Esses direitos, porém, estão sujeitos à limitações, conforme preceitua o parágrafo 2º do artigo 9º da Convenção. Esse parágrafo dispõe que as limitações aos direitos de crença e manifestação religiosas devem estar previstas em lei e em casos onde ponham em risco a segurança pública, a proteção da ordem, a saúde e moral públicas, ou a proteção dos direitos e liberdades de outrem. Mesmo nesses casos, a justificativa para uma limitação deve ser consistente e apresentar casos concretos nos quais a manifestação religiosa possa afrontar os valores aduzidos.

O artigo 14 do mesmo texto legal que fala sobre a proibição da discriminação, prevê que o gozo desses direitos devem ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, na origem nacional ou social, na pertença a uma minoria nacional, na riqueza, no nascimento ou qualquer outra situação. A Convenção Europeia de Direitos Humanos não apenas deixa claro o direito à liberdade de expressão e manifestação religiosa como proíbe a discriminação a pessoas que professem ou expressem suas crenças. Não há, nesse dispositivo, gradação na maneira nem na intensidade como as pessoas devam se manifestar religiosamente e também não existe uma imposição de que essa manifestação deva ser apenas privada.

Outros textos legais também protegem a liberdade religiosa e de expressão e, assim como a CEDH, também foram firmados pelos países da UE. O artigo 10 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, quase idêntico ao artigo 9º da CEDH, afirma que, dentre outras coisas, todos têm direito à liberdade de religião e garante a manifestação da religião em público através de práticas e da celebração de ritos. A Declaração de 1948 também prevê direito semelhante.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Artigo XVIII: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

Finalmente, a Convenção de 1951, que trata do direitos dos refugiados, em seu artigo 4º dispõe que:

“Os Estados Membros proporcionarão aos refugiados em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais, no que concerne à **liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos.**” (grifamos)

Do texto da Convenção de 1951, se depreende claramente que a intenção dos negociadores da carta foi dar a maior liberdade possível à manifestação religiosa dos refugiados, inclusive mencionando que o tratamento que recebem não pode ser menos favorável do que o proporcionado aos nacionais, que têm o direito na França e na Europa como um todo, de manifestarem sua religião, qualquer que seja e, inclusive, seu ateísmo. O secularismo pressupõe a separação entre estado e religião mas pressupõe a possibilidade de liberdade de manifestação e o respeito à diversidade, acolhendo o que é diferente e não limitando o direito das minorias. O uso do véu islâmico é, para muitas das mulheres que têm esse hábito, uma manifestação de sua religião, do respeito que têm pelo que entendem sagrado, proibir seu uso, portanto, seria uma violação do direito à manifestação religiosa.

A proteção internacional garantida ao refugiado, pela Convenção de 1951, pressupõe que os Estados facilitem o processo de integração dos mesmos nas sociedades de destino. Conforme já mencionado, o conceito de integração é diferente de assimilação, e aquele é preferível em relação a esse. A integração prevê que o refugiado se inclua na sociedade mantendo seus hábitos culturais e religiosos e sendo respeitado nesse sentido. A lei francesa que prevê o banimento do uso da burca, porém, revela traços de assimilação cultural, pois elimina manifestações que diferem de seus hábitos e limita a manifestação religiosa dos refugiados. O imigrante, para ser bem aceito, deve se tornar invisível, pois deve adotar costumes e

---

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 28 de julho de 1951.* Disponível em: [http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao\\_de\\_1951\\_relativa\\_ao\\_estatuto\\_dos\\_refugiados.pdf](http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf).

hábitos da cultura francesa, deixando os seus de lado.

Em suma, a Lei 2010/1192 não apenas viola previsões de tratados de direitos humanos como vai de encontro à Convenção de 1951 que protege refugiados. Essa lei sacrifica direitos concretos protegidos por diversos instrumentos internacionais de proteção e favorece princípios vagos e indeterminados, como o conceito de “viver junto” arguido pelo governo francês.

### **3.2 Decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) sobre o Direito à Manifestação Religiosa e sua Influência no Processo de Integração dos Refugiados**

A CEDH tem sido chamada frequentemente nos últimos anos a se manifestar em casos de conflitos relacionados à liberdade de expressão principalmente quando se ligam ao direito de manifestação religiosa.

Esse capítulo pretende fazer um apanhado dos últimos casos julgados pela CEDH, que se relacionam com os direitos fundamentais acima mencionado. No capítulo anterior abordamos os principais tratados de direitos humanos que formam o arcabouço utilizado pela Corte em suas decisões referentes à proteção desses direitos. Esses instrumentos regionais e universais devem ser observados e, em certa medida, interpretados pela CEDH no processo decisório.

A tendência observada nas decisões da CEDH mostra que esse tribunal tem aceito certas limitações ao direito de liberdade de expressão e religião principalmente quando esse direito é ponderado com outros direitos, como a segurança pública, igualdade entre os sexos e secularismo do Estado. Mas ainda ocorre discrepância nas decisões acerca do tema, sobretudo devido à complexidade dos casos que envolvem o direito à manifestação religiosa. No caso *Dahlab v. Suíça (2001)*<sup>37</sup>, uma professora suíça de uma escola em Genebra, após um período de busca espiritual, decidiu se converter ao islamismo. Durante o ano de 1991, a professora passou a usar o véu islâmico e

---

<sup>37</sup>UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Dahlab v. Suíça (2001)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22643>. Acesso em: 13 jun. 2014.

em 1996 foi proibida pela escola de usá-lo durante o desempenho de suas atividades profissionais. Após exaurir os remédios internos contra a decisão, que violava o artigo 9º em conjunto com o artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a professora acionou a CEDH, que confirmou a decisão da Suíça alegando que poderia haver um efeito negativo nos alunos da requerente, pois eram crianças muito novas e poderiam entender o uso véu por parte das mulheres como valor positivo, levando-se a crer que a subserviência da mulher perante o homem fosse benéfica. Outro aspecto analisado pela decisão foi a influência exercida nos alunos de um “símbolo tão poderoso” quanto o véu islâmico usado pela professora.

De acordo com a CEDH:

The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant’s pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf **might** have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.<sup>38</sup>(grifamos)

---

<sup>38</sup>A Corte reconhece que é muito difícil avaliar o impacto que um símbolo religioso externo como o uso do véu pode ter na liberdade de consciência de crianças muito novas. Os alunos da requerente tinham entre 4 e 8 anos, uma idade em que as crianças se questionam sobre várias coisas e são facilmente influenciadas por outras crianças, nessas circunstâncias, não se pode ser negado que o uso do véu pode causar um efeito proselitista, observando que parecer ser uma imposição às mulheres prescrita no Al Corão, como a Corte Federal aduziu, é difícil conciliar com o princípio da igualdade entre os gêneros. Assim é difícil reconciliar o uso do véu islâmico com uma mensagem de tolerância, respeito pelos outros e, acima de tudo, igualdade e não discriminação, a qual todos os professores devem passar. (tradução nossa).

Ainda que esse fosse o caso, porém, não fica claro no processo que o ato de usar o véu, por si só, seja símbolo de subserviência da mulher em relação ao homem e não é correto se inferir que crianças tão jovens (entre 4 e 8 anos) possam produzir pensamento complexo como o mencionado. Junto a isso, é difícil defender uma agenda de igualdade entre os gêneros, quando se proíbe à mulher a escolha do tipo de vestimenta que deseja usar em público. Questões de opressão e violência contra a mulher devem ser tratadas com a severidade que o caso demanda, mas não se pode fundamentar uma lei geral que proíbe a mulher de usar certa vestimenta, com situações que devem ser avaliadas caso a caso.

Já em *Amhet Arslan e outros v. Turquia (2010)*<sup>39</sup>, numa decisão divergente da anterior, um grupo religioso chamado Aczimendi Tankai teve alguns de seus membros presos por estarem vestindo trajes religiosos em público. A CEDH se manifestou no sentido de que as autoridades turcas não poderiam ter limitado o direito de manifestação religiosa no caso concreto, pois os requerentes não estavam utilizando trajes religiosos em prédios estatais, como escolas ou repartições públicas, mas em um espaço comum, a rua. A Corte deixou claro que há uma limitação nas circunstâncias em que o Estado pode restringir o direito à manifestação religiosa, mesmo quando o fundamento for o princípio do secularismo, ele deve ser ponderado e mitigado, salvo exceções bem definidas, em relação à liberdade de manifestação da fé.

No caso *Eweida e outros v. Reino Unido (2013)*, uma das requerentes, senhora Eweida, empregada da empresa aérea British Airways, alegou ter sofrido discriminação direta e indireta em função do uso de um símbolo religioso católico, uma cruz utilizada no pescoço, que ficava a vista dos clientes da empresa durante o trabalho da empregada. A CEDH, nessa situação, julgou que a decisão da empregadora em proibir o uso do símbolo não era proporcional com o alegado dano a imagem que a empresa queria passar a seus

---

<sup>39</sup> UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Amhet Arslan e outros v. Turquia (2010)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97380#%7B%22itemid%22:%5B%22001-97380%22%5D%7D>. Acesso em 12 jul. 2014.

clientes e permitiu que a empregada usasse o símbolo religioso, que caracterizou de discreto.

O caso *S.A.S. v. França*<sup>40</sup> trouxe novamente, em 1º de julho de 2014, a questão dos símbolos religiosos utilizados no corpo à apreciação da CEDH, em razão do questionamento na Corte de Cassação francesa, da Lei 2010-1192 que instituiu o banimento total do véu islâmico em locais públicos no país. A lei, em verdade, proíbe o uso de qualquer material que possa obstruir por inteiro a visão do rosto da pessoa em questão (véus que cobrem apenas o cabelo e o colo não estão incluídos nessa proibição) e permite algumas exceções como em casos celebrações, uso médico e em razão de saúde e em situações manifestas em leis ou regulamentos.

A requerente, de nacionalidade francesa, mas descendente de migrantes, após esgotar remédios internos, acionou a CEDH, buscando questionar a validade da lei francesa sob a luz dos artigos 8º<sup>41</sup>, 9º e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Alegou S.A.S. que usava o véu por razões religiosas, culturais e pessoais, informando o uso do véu não foi uma imposição familiar. A requerente aduziu ainda que não tinha restrições em tirar o véu para ser devidamente identificada, desde que revistada por agente do sexo feminino.

Os argumentos trazidos pelo Estado francês fundamentaram a implementação da lei em dois valores nacionais básicos. Primeiramente alegou-se a necessidade do banimento do uso da burca por razões de segurança pública. Nesse sentido não foi demonstrado pelo governo francês a necessidade da lei, já que não foram juntadas ao processo evidências de que pessoas vestidas com o véu pudessem colocar em risco a segurança de outros cidadãos. Não há casos reportados no processo de crimes cometidos por mulheres usando esse tipo de vestimenta. No que se refere a procedimentos de segurança

---

<sup>40</sup> UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *S.A.S. v. França (2014)*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145466>. Acesso em 20 jul. 2014.

<sup>41</sup> Ainda que tenha havido um questionamento em relação ao artigo 8º da Convenção (com relação ao respeito à intimidade e vida privada), este trabalho se restringe à análise da problemática religiosa e do dever de não discriminação previstos nos arts. 9º e 14 da Convenção, respectivamente.

necessários à identificação de pessoas, em todos os casos julgados pela CEDH, não houve nenhum em que as mulheres se negaram a remover o véu para serem identificadas. A própria requerente, em sua petição inicial, deixou claro que não se negaria a retirar o véu para que fosse identificada. Nesse sentido, o banimento do véu não pareceu uma medida necessária por questões de segurança.

O segundo aspecto alegado pelo Estado foi a afronta a um “conjunto de valores mínimos de uma sociedade aberta e democrática”. Esse conceito foi subdividido em três itens, o primeiro se refere à igualdade entre os gêneros, o segundo à dignidade da pessoa e o terceiro a um “conjunto de valores mínimos de uma sociedade aberta e democrática” necessários para garantir a “proteção da liberdade e dos direitos dos outros”. Sobre o primeiro aspecto, a França alegou que muitas das mulheres que usam o véu, o fazem por imposição do marido ou de outro membro da família, argumentou, ainda, que o véu torna a mulher “sem face” e afronta também sua dignidade. Ocorre que, de acordo com a opinião de feministas, o véu pode ser visto como uma possibilidade de emancipação da mulher, que não se vê objetificada no corpo.<sup>42</sup> Além disso, uma agenda voltada para a igualdade entre os sexos e para a dignidade da pessoa não pode ser conciliada com a falta de liberdade de escolha imposta pela lei, que mais parece uma forma paternalista de impor um “direito” sobre pessoas que não o desejam. O estudo realizado pela Open Society Foundation<sup>43</sup>, revelou que a maioria das mulheres muçulmanas

---

<sup>42</sup> MUNOZ, Alba. ¿Musulmana y feminista? Sí, y te va a decir cuatro cosas. *Playground: comparte el presente*. Madrid, 30 jul. 2014. Disponível em: <http://www.playgroundmag.net/musica/noticias-musica/actualidad-musical/musulmana-y-feminista-si-y-te-va-a-de-cir-cuatro-cosas>. Acesso em: 2 ago. 2014.

<sup>43</sup> “The study is based on the testimonies of 32 women who live in Paris and its environs (Région Île-de-France), Marseille, Lyon, Avignon, Rennes, and smaller provincial towns. These locations were chosen in an effort to draw a sample that represented a diverse cross-section of France from the north to the south, from the large urban areas to smaller villages, and from places with large established Muslim communities to ones with very few. Regardless of the limited size of the sample, the individual experiences recorded in this report are important for a better understanding of why some Muslim women choose to wear the full-face veil—in France a subject of much public debate that, until now, has marginalised the voices of Muslim women who actually wear the veil.” OPEN SOCIETY FOUNDATIONS.

entrevistadas usavam o véu por escolha própria, quer seja como forma de manifestar sua crença religiosa, de se preservar, quer seja por aspectos culturais ou pessoais.

Alguns dos depoimentos das usuárias do véu são determinantes para entender as razões que as levam a usá-lo:

---

“In all my life, I have never felt as well as with the niqab. I was somebody who would go out wearing high heels. I was putting on [nice] clothes. I was a girl. I liked fashion. I would go out frequently and all, but I never felt as good as with the niqab. For me it represents everything. I couldn't take it off.”

---

“It was [my father] who taught us the basic elements of Islam, the unique-ness, the prayer . . . well, the pillars. Then, you reach a certain age; you mature, and you want to educate yourself, in the best sense of the term. I undertook my research and I began to like my religion because I understood it much better. Afterwards, it was an evolution. It started with the little headscarf, then the hijab, and after the hijab, the niqab.”

---

“Honestly, it's because I found it so beautiful. But at the beginning I didn't say to myself: “I'm wearing it.” I was wearing it only because I thought it was really beautiful. You know, today we live in a society where everything is based on the physical [appearance], but when you have a seetar nobody pays attention.”<sup>44</sup>

---

*op. cit.* p. 11.

<sup>44</sup>Em toda a minha vida, eu nunca me senti tão bem como com o niqab. Eu era alguém que gostava de sair de salto alto. Eu colocava roupas legais. Eu era uma menina. Eu gostava de moda. Eu saía com freqüência e tudo, mas eu nunca me senti tão bem quanto com o *niqab*. Para mim, ele representa tudo. Eu não poderia tirá-lo mais. / Foi [o meu pai] que nos ensinou os elementos básicos do Islã, a singularidade, a oração. . . assim, os pilares. Então, você chega a uma certa idade; você amadurece, e você quer educar-se, no melhor sentido do termo. Empreendi minha pesquisa e eu comecei a gostar de minha religião, porque eu entendi muito melhor. Depois, foi uma evolução. Tudo começou com o pequeno lenço na cabeça, em seguida, o *hijab*, e após o *hijab*, o *niqab*. / “Honestamente, é porque eu achei tão bonito. Mas no começo eu não disse para mim mesmo: “Eu estou vestindo.” Eu estava usando só porque eu pensei que era realmente bonito. Sabe,

Como pode ser observado nos depoimentos acima citados, há diversas razões que podem levar uma mulher a sentir necessidade ou vontade de usar o véu. Algumas percebem isso como um ato de bem estar, como é o caso do primeiro depoimento, outras o fazem em função da religião e outras, ainda, por razões culturais e de cunho pessoal. O que une todas essas mulheres é a decisão pessoal de usar a veste e defender seu direito de escolha. Casos de violência contra mulheres e submissão delas aos homens devem ser enfrentados pelas autoridades através dos meios previstos em cada Estado e no direito internacional dos direitos humanos para lidar com essa situação, não através de uma lei geral que limita o direito de escolha das mulheres. Ademais, agressões domésticas contra a mulher ocorrem entre membros das mais variadas religiões e hábitos culturais.

A submissão, desde uma ótica da mulher muçulmana, pode ser entendida como a obrigação da mulher ocidental em se manter jovem e bela para sempre, utilizando de subterfúgios médicos e cirúrgicos que podem colocar sua vida em risco, como no caso de cirurgias e intervenções estéticas. Nesse contexto, a opinião sobre opressão e liberdade se determina pelo ponto de vista do observador, por isso, os órgãos de jurisdição, sobretudo os internacionais, devem sempre levar em conta aspectos multiculturais na tomada de decisões tão delicadas quanto a do caso em comento.

O segundo aspecto depreendido do conceito de “conjunto de valores mínimos de uma sociedade aberta e democrática” necessários para garantir a “proteção da liberdade e dos direitos dos outros” foi a observância de requisitos mínimos para uma vida em sociedade, que pressupõe o compartilhar e o interagir entre os membros dessa sociedade. A França alegou que o véu impedia a interação adequada entre os membros da sociedade e as mulheres e limitava o direito de convivência (*vivre ensemble*) entre as pessoas no geral.

A contrário senso, a requerente, por sua vez, alegou que o fato de haver a imposição da não utilização do véu poderia causar segregação, já que muitas mulheres iriam deixar de sair de casa, por

---

hoje vivemos em uma sociedade onde tudo é baseado no [aspecto] físico, mas quando você tem um seetar ninguém presta atenção.” (tradução nossa). OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. *op. cit.* p. 40.

não se sentir confortáveis sem o véu em público. Pesquisas realizadas<sup>45</sup>, vão ao encontro da alegação da requerente, pois mostram um cenário de isolamento sofrido pelas mulheres depois da imposição da lei. Revelaram os dados que após a vigência da lei francesa, as mulheres não passaram a sair mais às ruas. Temendo serem multadas e até presas, elas simplesmente deixaram de sair de casa (coisa que também deve ocorrer com as mulheres que por ventura usem o véu por uma imposição familiar). A implementação da lei, portanto, não apenas falhou em promover uma maior convivência social como, ao contrário, gerou uma segregação maior desse grupo de mulheres. Relatos de pessoas agredidas verbal e fisicamente em função do uso do véu também foram reportados depois do início da vigência da lei. Esse também é um fator segregatório na medida em que a vítima deixa de sair em público para não sofrer agressões. Assim, também se conclui que o respeito à dignidade humana não foi objetivo alcançado pela lei, que criminalizou traços da expressão cultural e religiosa de um grupo social, frequentemente vítima de xenofobia na UE.

A decisão da CEDH se deu em 1º de julho de 2014 e acabou por confirmar a validade da lei francesa, apesar de, em outros casos citados, como *Eweida e outros v. Reino Unido (2013)* e *Amhet Aslan e outros v. Turquia (2010)*, a mesma Corte ter se manifestado no sentido da impossibilidade de limitação da liberdade de manifestação religiosa sem a existência de uma ameaça concreta aos direitos e liberdades dos outros ou à segurança pública, o que de forma alguma a França comprovou em *S.A.S. v. França (2014)*.

A decisão da CEDH, por quinze votos a dois, entendeu que na implementação da Lei 2010-1192, que baniu o uso de qualquer veste que encobrisse o rosto totalmente, não havia violação do artigo 9º em conjunto com o 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Aplicando a teoria da margem de apreciação dos Estados, a Corte decidiu que a França deveria avaliar a proporcionalidade da lei imposta ao limitar o direito manifestação religiosa em prol do direito de convivência entre os membros da sociedade. Desconside-

---

<sup>45</sup> OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, *op. cit.* p. 102.

rando a alegação do Estado sobre as razões de segurança pública e de igualdade entre os gêneros, a Corte entendeu e aceitou que “a barreira erguida contra os outros pelo uso do véu que encobre a face é percebida pelo Estado recorrido como uma violação do direito dos outros de viver em um espaço de socialização que torna mais fácil o viver juntos.”<sup>46</sup>

Com essa decisão, a Corte abriu um perigoso precedente que pode fazer com que mais países do bloco Europeu venham a implementar norma similar com relação só uso do véu e com relação a outros traços de culturas trazidas de fora por imigrantes e refugiados ao continente.

O voto dissidente das juízas Nussberger e Jäderblom<sup>47</sup> evidenciam a precariedade do fundamento da maioria na decisão de caso. Elas entenderam que a decisão da maioria “sacrificou direitos individuais concretos garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos em nome de princípios abstratos”, pois uma proibição tão ampla ao direito de manifestação religiosa não podia ser positiva para uma sociedade democrática, chegando, ao final, à conclusão de que o artigo 9º da Convenção foi violado pela lei.

Os princípios questionados pela juízas foram: “os direitos e liberdades dos outros” e a “viver juntos”.<sup>48</sup> Elas avaliaram que o conteúdo desses princípios nunca foi estabelecidos de maneira concreta por aquela Corte, por isso não podiam servir de fundamento para uma decisão tão drástica quanto a limitação total da manifestação religiosa de um grupo de mulheres. Ainda, não houve proporcionalidade entre a limitação e a pena imposta pelas autoridade, pois o país poderia ter aplicado medidas pedagógicas e educativas ao invés da punição pecuniária e penal. As juízas reconheceram que a lei pode gerar mais segregação, ao contrário do que o legislador pretendia quando da sua elaboração. Em razão disso divergiram da decisão da maioria e se disseram preocupadas com os efeitos e conseqüências da lei na Europa em geral.

A França, que conta com a maior minoria islâmica na Europa

---

<sup>46</sup> UNIÃO EUROPEIA. *S.A.S. v. França*. p. 42.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 65.

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 66.

e já havia legislado em 2012 proibindo o uso da burca em escolas públicas<sup>49</sup>, dificulta a integração de mulheres muçulmanas no país e conseqüentemente daquelas pertencentes a grupos de refugiados franceses, que fazem jus a proteção internacional especial, de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados. Relega essas mulheres ao isolamento, pois há um considerável aumento na discriminação e islamofobia em relação a elas. E torna mais difícil que possam frequentar ambientes públicos como escolas, universidades e hospitais.

Além de ferir a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o texto da lei viola direitos trazidos pela Declaração dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados que, em seu artigo. Organizações não governamentais como a Anistia Internacional e Human Rights Watch se manifestaram “desapontadas” com a decisão da CEDH e disseram que ela coloca um fardo desproporcional sobre as mulheres muçulmanas.

A França tem mostrado, nos últimos anos, uma tendência de assimilação dos refugiados que se instalam em seu território, não apenas um assimilação pela abandono voluntários de hábitos culturais diferentes, mas pela imposição compulsória do abandono desses hábitos e culturas que possam causar estranhamento ao povo francês. Através de leis que gradualmente limitam o direito à manifestação religiosa dos refugiados, o governo francês dificulta sua inserção no mercado de trabalho, sua frequência em escolas, seu exercício de direitos fundamentais, como o direito à saúde, dentre outros.

#### 4 CONCLUSÃO

Esse trabalho pretendeu mostrar como leis e políticas públicas que limitam a manifestação religiosa de minorias na UE podem dificultar o processo de integração de migrantes e refugiados naquela região.

---

<sup>49</sup> WARE, Leland. No Headscarves in Schools, No burcas in Public: Colorblind Racism in France. *The Huffington Post*. Nova Iorque, 7 março de 2014. Disponível em: [http://www.huffingtonpost.com/leland-ware/burca-ban-france\\_b\\_5555732.html](http://www.huffingtonpost.com/leland-ware/burca-ban-france_b_5555732.html). Acesso em: 14 jul. 2014.

A Lei francesa 2010-1192, que banuiu o uso do véu islâmico naquele país, apesar de criticada por acadêmicos, organizações de direitos humanos, defensores dos direitos das mulheres e feministas em geral, foi confirmada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1º de julho de 2014. Esta lei, porém, tem produzido efeitos deletérios no processo integratório de imigrantes e refugiados na França, sobretudo no que se refere à mulheres muçulmanas que escolheram usar o véu como forma de manifestação religiosa, cultural ou pessoal.

Questões como igualdade entre os gêneros, dignidade humana e o princípio da convivência em conjunto foram trazidos pelo Estado francês, no caso *S.A.S. v. França* para fundamentar a limitação dos direitos garantidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, nos artigos 9º e 14, mas essa justificativa não é, do ponto de vista dos direitos humanos, relevante a ponto de justificar tal limitação. Em casos anteriores, a Corte já havia se manifestado de forma determinar que apenas em casos excepcionais essas liberdades poderiam ser limitadas e que era necessária a prova de ameaça concreta aos princípios ponderados.

O que resta claro é que os efeitos que a lei vêm causando vão de encontro ao que o legislador afirmou ser seu interesse quando da elaboração do texto legal, que seria a possibilidade de todos viverem juntos. As mulheres islâmicas se vêm hoje entre uma difícil escolha: ou assimilam a cultura do país de destino, para onde um dia fugiram e se refugiaram, elas mesmas ou seus ascendentes, seguem suas tradições e manifestações culturais e religiosas e correm o risco de sofrer agressões físicas e verbais, de serem multadas e até mesmo presas. A terceira solução seria deixarem de sair de casa e viverem isoladas do mundo externo, não tendo acesso à educação, à saúde e demais serviços públicos e impossibilitando o seu direito de conviver com a sociedade.

Nenhuma dessas soluções apresenta-se adequada e coerente com a proteção internacional que hoje de garante aos Direitos Humanos e ao Direito dos Refugiados. Em uma democracia, aspectos culturais diferentes devem ser acolhidos e celebrados. A CEDH deveria ser órgão de jurisdição internacional com atuação para a proteção das minorias, como são os refugiados, e não atuar de forma

a validar lei que limita direitos concretos de manifestação religiosa para proteger critérios abstratos alegados pelo estado francês, como ocorreu no caso S.A.S. v. França (2014).

## REFERÊNCIAS

ALLEN, Chris. Islamophobia and its consequences. In: AMGHAR, Samir; BOUBEKEUR, Amel; EMERSON, Michel (Eds.). **European Islam – Challenges for public policy and society**. Brussels: Center for European Policy Studies, 2007. pp. 144-167.

AMARA, Fadela. **The burca ban in France**, 2013. Palestra realizada na Universidade de Chicago em 29 de maio de 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Jkz1LFPgZDY>. Acesso em 29 jul. 2014.

ATIENZA, Manuel. **Podemos hacer más: outra forma de pensar el Derecho**. Madrid: VEGAR, 2013. 157p.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos Colaterais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

\_\_\_\_\_. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BLOEMRAAD, Irene, KORTEWEG, Anna, YURDAKUL, Gökçe. Citizenship and Immigration: Multiculturalism, Assimilation, and Challenges to the Nation-State. **The Annual Review of Sociology**, v. 34, 2008. p. 153-179.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CENTRE FOR RACE AND GENDER. Defining “Islamophobia”. Islamophobia Research Project. Disponível em: <http://crg.berkeley.edu/content/islamophobia/defining-islamophobia>. Acesso em 04 ago 2014.

CRISP, Jeff. The local integration and local settlement of refugees: a conceptual and historical analysis **New Issues in Refugee Research**, Working Paper N.102, Geneva: United Nations High Commissioner for Refugees: Geneva, 2004. 11p.

DAVIS. Britton D. Lifting the Veil: France’s new cruzade. **Boston College International & Compatative Law Review**, Boston, v. 34, 2011. 117p.

DONELLY, Jack. Cultural Relativism and Universal Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Michigan, v. 6 , n. 4, nov. 1984. pp. 400-419.

\_\_\_\_\_. The Relative Universality of Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Michigan, v. 29, n. 2, may. 2007. pp. 281-306.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593p.

FISK, Robert. **A Guerra pela Civilização: a conquista do Oriente Médio**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007. 1493p.

GARCIA INDA, Andrés. Los símbolos religiosos en el ámbito público: algunas reflexiones sobre el caso del pañuelo islámico. In: BLASCO AZNAR, Pedro Luis (Org.). **La justicia entre la moral y el derecho**. Madrid: Editora Trotta, 2013. p. 111-121.

HEIDER, Jennifer. Unveiling the thruth behind the french burca ban: the unwarranted restriction of the right to freedom of religion and the

European Court of Human Rights. **International and Comparative Law Review**, v. 22, n. 93, 2012. pp. 93-129.

HEKIN, Louis. The Universality of the Concept of Human Rights. **Annals of the American Academy of Political and Social Rights**, v. 506, nov. 1989. pp.10-16.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598p.

KAHF, Mohja. **From her royal body the robe was removed: The Blessings of the Veil and the Trauma of Forced Unveilings in the Middle East**.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Covilhã: Lusofiapress, 2008. 53p.

KYMLICKA, Will. Multiculturalism and Minority Rights: West and East. **Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe**, Flensburg, n. 4, 2002. 27p.

NICOLAS Sarkozy: burca not welcome in France. **The Telegraph**. London, 22 jun. 2009. Europe - France. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/5603070/Nicolas-Sarkozy-burca-not-welcome-in-France.html>. Acesso em 20 jul. 2014.

MANAS, Jean. Bad citizens: the nonassimilating immigrant and the xenophobic native. **The American Society of International Law**, v. 88, 1994. 446 p.

NANDA, Ved P. Islam and the International Human Rights Law: Selected aspects. **American Society of International Law**, v. 87, 1993. 327p.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. Unveiling the Thruth: Why 32 Muslim Women wear the full-face veil in France? **At home in Europe Project**, 2011. 178p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados. 28 de julho de 1951.** Disponível em: [http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao\\_de\\_1951\\_relativa\\_ao\\_estatuto\\_dos\\_refugiados.pdf](http://www.pucsp.br/IIIseminariocatedrasvm/documentos/convencao_de_1951_relativa_ao_estatuto_dos_refugiados.pdf).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. 18 de junho de 1948.** Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a\\_pdf/comparato\\_hist\\_dudh.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/comparato_hist_dudh.pdf)

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAID, Edward. **Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem. 04 de novembro de 1950.** Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

UNIÃO EUROPEIA. **Carta Europeia de Direitos Fundamentais. 18 de dezembro de 2000.** Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf).

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Global Consultations on International Protection: third track, local integration, 4. **EC/GC/02/6**, 25 Apr. 2002. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3d6266e17.html>.

USLEGAL. War on terror law and legal definition. **Definitions**. Disponível em: <http://definitions.uslegal.com/w/war-on-terror/>. Acesso em 12 jul. 2014.

WARE, Leland. No Headscarves in Schools, No burcas in Public: Colorblind Racism in France. **The Huffington Post**. Nova Iorque, 7 março de 2014. Disponível em: [http://www.huffingtonpost.com/leland-ware/burca-ban-france\\_b\\_5555732.html](http://www.huffingtonpost.com/leland-ware/burca-ban-france_b_5555732.html). Acesso em: 14 jul. 2014.

## **Normas de Publicação**

### **1 Sobre a Revista**

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

### **2 Apresentação dos Artigos**

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra bem como o Regimento Interno podem ser acessados no site da PGE-RS - Publicações: <http://www.pge.rs.gov.br/>

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo; (continua)

### **Disposições Gerais**

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es) (modelo disponível no site da Revista), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.





